



POR PARTE DE LOS
DUEÑOS DE NAVIOS, EN LA CAUSA
que figuen con los Abastecedores de Pan de esta
Ciudad, para que se declare que los Trigos que
se perdieron en las Bodegas del Callao, con la
Inundacion del Mar la noche del dia 28. de Octu-
bre de 746. perecieron à los Abastecedores que
los havian comprado, y no à los Vendedores, sin
embargo de que no se huvieffen medido ni entre-
gado por los Bodegueros, en los casos que sepa-
radamente se pondrán en este Papel, para que sin
confusion se pueda dar una regla general
comprehensiva de todos.

HECHO.

ESTE EN BREVE SE REDUCE, A QUE
los Dueños de Navios vendieron parte
de los Trigos que tenian en Bodegas à
varios Abastecedores.

El modo es el mismo que siempre se
ha practicado, y consta de la Prueba, y
se reduce à que luego que el Navio descarga, se mide la
Barcada, y el Bodeguero le da un Vale al Dueño de ella
en

en que se constituye Depositario, y Guarda de aquel numero de fanegas; Con la advertencia de que quando vienen trigos de distinta calidad, porque unos son viejos, ò nuevos, ò tienen otra diferencia particular, así como vienen separados en distintos Paños en los Navios; así tambien se separan en diferentes montones en las Bodegas.

El Abastecedor que quiere Comprar trigo, va à la Bodega, y reconoce los trigos que hay en ella, y del mejor, ò peor que le parece, informado ya de su calidad, ocurre al Dueño, conciertale con él, en el precio, y este le dà libramiento contra el Bodeguero para que le entregue de aquel trigo de que le hizo Vale; doscientas fanegas v.g. y el Abastecedor ocurre con el libramiento al Bodeguero, y este lo acepta.

En esta misma conformidad se hicieron todos los contratos, y unos recibieron parte, y parte no recibieron, y otros dicen que nada le remitieron los Bodegueros de lo que compraron, cosa inaberriguable por haver espirado todos los principios de que se pudiera sacar la verdad, como son Libros, y Bodegueros: Este es el hecho.

DERECHO.

TOda la dificultad, y Question presente la han querido fundar los Abastecedores, en que el contrato de Empcion, y Vendicion de las cosas que consisten en peso, numero, ò medida, no queda perfecto en quanto al peligro, mientras no se pesan, quentan, ò miden ad leg. quod saxe §. in his ff. de contrah. empt. distinguiendo entre las ventas que se hacen de estos generos *ad Corpus*, y *ad mensuram*, para que en el primer caso, sea el peligro del Comprador, y en el segundo del Vendedor, mientras no se hace el peso, numeracion, ò mensura, à cuyo fin se han considerado terminantes los Disc. 5. y 7. y especialmente el 8. de Ansaldo. de Ansaldo. de Comerc. & mercat.

Si yo huviera puesto la Demanda, me huviera sido me-

menos prolija la Defensa, y tal ves mas eficaz, y no se hubiera escrito tanto por los Abogados contrarios; pero en el estado en que està el negocio, se hace preciso escribir un poco mas de lo que se debiera tomando la materia desde sus principios.

I. FUNDAMENTO.

LA regla Principe en el punto de peligro, se dà por el Jurisconsulto Paulo en la ley *Necessario* 8. ff. de Peric. & Comm. rei venditæ: Sus palabras son *Necessario sciendum est quando perfecta sit emptio, tunc enim sciemus cuius periculum sit, nam perfecta emptione, periculum ad emptorem respiciet; Si id quod venierit appareat quid, quale, quantum sit, Et pretium, Et pure venit, perfecta est emptio.*

De suerte que la perfeccion del Contrato en quanto al peligro, consiste en que aparesca que es lo que se vende, *quid*, la calidad de lo vendido, *quale*, su cantidad, *quantum sit*, y su precio, *Et pretium*; Y concurriendo estos quatro requisitos, està perfecto el Contrato, *perfecta est emptio*, y corre el peligro el Comprador, *nam perfecta emptione, periculum ad emptorem respiciet.*

Que esta regla comprehenda la venta de las cosas que consisten en peso, numero, ò medida, y no solo las ventas de cuerpos como un Siervo, ò una Alaja; se manifiesta del requisito, *quantum sit*, por que en aquellas especies, que se venden por cuerpo, bastarian los tres, *quid, quale, Et pretium*: Pero como el Jurisconsulto hablaba de la venta engeneral, puso el requisito *quantum* para incluir las que consisten en peso, numero, ò medida; Reparo que tambien puso Accursio, à quien reprueba Fabro en la exposicion de esta Ley, ibi: *postremo ut appareat quantum sit venditum, ut earum quoque rerum venditiones comprehendantur, quæ pondere, numero, vel mensura consistunt.*

Juan Corasio explicando la Ley Stipulationum 73. de verb. oblig. en el requisito *quantum* (de que despues se dirà)

dirà) dize *Quantum*, *Quantitatem* demonstrat, ceterum existimandum non est, horum trium concursum (scilicet quid quale *Quantum*) necessarium, ut certa sit stipulatio, præter quam instipulatione eorum quæ in pondere, numero, vel mensura constant; in alijs quippe sufficit eatenus, aliqua ex his adesse, quatenus reluceat certitudo; ut in stipulatione speciei quidditatem, hoc est substantiam, & qualitatem ex ipsa pronuntiatione apparere satis est, veluti si promittas hominem Stichum, aut fundum Tusculanum, utrobique quidditas demonstratur, quia homo, vel fundus, & qualitas, quia Stichus aut, Tusculanus.

La razon porque concurriendo estos quatro requisitos, queda perfecto el contrato en quanto al peligro la dà el mismo Fabro en la exposicion del §. *in his* que se trae de contrario, y es que quando lo que se vende, consiste en peso, numero, ò medida, y el precio hàde resultar de una de estas tres diligencias, es incierto el precio; porque mientras no se pesa, cuenta, ò mide, no se sabe el que hà de resultar (esto es quando no se hace *ad corpus*) ibi *nam nec certum potest esse pretium quod debetur, quo usque res ita ut diximus vendite, vel ad mensuram, vel ad pondus, vel ad numerum sint, namque pro modio maiori, vel minori, maior quoque, vel minor pretij quantitas debetur; pro inde non potest scire emptor quantum pretij nomine offerre debeat, ut venditorem urgere possit ad traditionem, nec venditor quantum pretij nomine petere, nec si totum quod vendidit tradere paratus sit, quomodo igitur perfecta emptio videri interim potest?* De que resulta, que quando en el contrato aparece lo que se vende *Quid*, su Qualidad, *Quale*, su Cantidad *Quantum*; y su Precio *Pretium*; queda perfecto el contrato; porque el comprador sabe lo que hà de pagar, y lo que hà de pedir; y el vendedor, lo que ha de entregar, y lo que hà de percibir, y uno y otro expedir con certidumbre sus acciones.

Don Joseph de Rosa, consult. 68. propone el caso de que Manuel Gomes de Olivera, vendiò à Cesar Lubrano

29. Cajas de Açucar que estaban en la Aduana à 56. Ducados por cada cien libras, y antes de que estas se pessassen perecieron: y funda, que està perfecto el contrato en quanto al peligro del mismo modo que hà dicho. Ita num. 1. *nam & quid venditum sit apparet, nec non quale, quantum que sit, & de pretio constet, & venditio pure facta est, quo casu venditionem perfectam & periculum in emptorem traslatum, ait textus in leg. Necessario versic & si id.*

Sentada esta regla magistral (que así la llama Fabro en la ley Necessario) vamos al caso presente, en que los Abastecedores compraron una cantidad cierta, como v. g. 200. anegas à cinco pesos de monton cierto, y determinado que fue el de Pedro, cuya calidad reconocieron primero antes del ajuste, como todos lo confiesan, y està probado: me parece sin disputa, que està perfecto el contrato en quanto al peligro, aunque no se mida el trigo; y la razon es clara, porque en este caso aparece el primer requisito *Quid*, que es el trigo, el segundo, *Quale*, que es su calidad, de que se cercioran antes de passar al ajuste, el tercero *quantum*, que son 200. fanegas las mismas que se venden de un monton ò acervo de mayor cantidad, y el quarto, *& pretium*, que son mil pesos: el Jurisconsulto dize, que entonces *perfecta est emptio*, y que *perfecta emptione, periculum ad emptorem respiciet*: luego el trigo que se vendiò à los Abastecedores en esta forma, y pereciò en la Inundacion, pereciò à los compradores, y nò à los vendedores.

Las doctrinas en este assumpto son puntuales: la primera es de Bonacin. de contract. disput. 3. quest. 2. punct. 8. num. 9. Pater Molina de just. & jur. disp. 366. num. 11. Azor lib. 8. cap. 26. part. 3. quest. 10. Rebel. lib. 9. quest. 15. num. 14. Reginaldo lib. 25. num. 351. Pater Saa, Verb. Venditio num. 27. à quienes recoge el Padre Oñate, tom. 3. tract. 21. disp. 71. sect. 11. num. 234. versic. Quando: cuyas palabras lo comprehenden todo ibi: *Quando res ad mensuram venit, sed ex certo toto v. g. duæ Oves de Grege*

duæ Amphoræ de Dolio, si omnes pereant, duæ dictæ pereunt emptori: De suerte, que antes que se separen las dos Ovejas, y antes de que se midan las dos Amphoras de Vino, corre el peligro el comprador, quando perece el todo de que se vendió parte cierta, y determinada.

El fundamento de esta doctrina, es la regla magistral antecedente, porque como aparecen todos los quatro requisitos que en ella se previenen, queda perfecto el contrato, y el peligro passa al comprador. Pero demàs de esto se fundan estos AA. en un texto expreso por su sentencia que es la ley si in emptione 34. §. Si emptio 6. ff. de contrah. empt. en que se propone que si la compra se hizo alternativa de Stico, ò Pamphilo, està en arvitrio del vendedor qual hà de entregar, y si muere uno, hà de entregar el que queda, pero si mueren ambos, uno parece al vendedor, y otro al comprador ibi. *Si emptio ita facta fuerit, est mihi emptus Stichus aut Pamphilus, in potestate est venditoris quem velit dare, sicut in stipulationibus, sed uno mortuo, qui superest dandus est, Et ideo prioris periculum ad venditorem, posterioris ad emptorem respicit; sed Et si pariter decesserint, pretium debetur, unus enim utrique periculo emptoris vixit,* y à estos A A. se hà de añadir el Padre Gibalin. de negotiation. lib. 4. cap. 4. artic. 7. Confectario 4. num. 3.

La aplicacion de este texto es bien clara, porque así como antes de la mensura del Vino, ò separacion, ò numeracion de las Ovejas, està en incierto el cuerpo vendido; así también antes de la eleccion del esclavo vendido alternativamente està en incierto el que fue vendido de ellos; porque ni en uno, ni en otro caso, se puede designar antes de la separacion, y eleccion, la Oveja, el Vino, ni Esclavo; es así, que pereciendo los esclavos, alternativamente vendidos, el primero parece al vendedor, y el segundo al comprador, y si mueren à un tiempo, uno parece à uno, y otro à otro: luego quando la venta se hace de un numero cierto, y de monton cierto, y determinado, à cierto

à cierto precio por cada mensura; queda perfecto el contrato, Supuesto que aparezca *Quid*, *Quale*, *Quantum*, & *pretium*: es así, que quando se venden 200. fanegas de trigo à cinco pesos del monton de Pedro, que reconociò, y viò el Abastecedor, se verifica, que es la venta de numero cierto, de monton cierto, y determinado, y que aparece *Quid*, *Quale*, *Quantum*, & *pretium*: ergo perfecta est emptio, & periculum ad emptorem respiciet: Y habiendo perecido todo con la Inundacion, quedò de cuenta y riesgo de los Abastecedores la perdida del trigo comprado.

La mayor es cierta, porque así como antes de la venta de Stico, ò Pamphilo los dos estaban en el dominio del vendedor, así antes de la venta de las 200. fanegas estaban en el dominio del vendedor las mil; y así como despues de la venta de Stico, ò Pamphilo, y antes de la eleccion, aunque cada cuerpo durasse separado, era incierto el vendido; así despues de la venta, y antes de la separacion y mensura, eran inciertos los granos, en quanto à la designacion; y así como en los dos Siervos se havia de verificar la venta de uno, hecha la eleccion; así en las mil fanegas se havia de verificar la venta de las 200. hecha la mensura; y en substancia està en eleccion del vendedor de las 200. fanegas de un monton cierto, y determinado, quales hà de dar, y puede reducir à cinco, el monton de mil, y dar el que quisiere al comprador, así como si fueran cinco los esclavos, de que se vendiò uno alternativamente; pues para la decission lo mismo es que sea la alternativa entre dos que entre cinco.

Pero para ajustar mas la proporcion de la prueba pongamos que el monton de que se vendieron 200. solo tenia 400. y no mil fanegas, y que el Bodeguero separò 200. ò el Vendedor sin designar quales eran para el comprador, y quales para el vendedor, y en este tiempo sucediò el caso de perderse; *Quid juris*? Si se dice que con esto se perfeccionò el contrato en quanto al peligro, por que se midie-

dieron las 200. fanegas; dixera el comprador que todavía quedaba la misma infertidumbre, por que así como antes de separarse los trigos no se sabía quales pertenecen al comprador, y quales al vendedor; así separadas las 200. de las 200. quedava incierto quales eran del vendedor, y quales del comprador, y con la equivocacion del *qual* de que se dirà despues, arguyeran, que aunque havia dos montones de à 200. no aparecia qual era el vendido. Si se dize que hecha esta divission, y separacion se resuelve el contrato en alternativo, y que està *in electione venditoris quod velit acervum prestare*, estarèmos en los terminos del §. Si emptio, y pereciendo los dos antes de la eleccion, uno perece al comprador, y otro al vendedor; es así que no se puede decir que estè en potestad del vendedor variar la substancia y forma del contrato por sola su authoridad, porque del mismo modo pudiera el comprador en el caso de la venta alternativa mudarle la substancia y forma al contrato, pidiendo determinadamente à Stico, ò determinadamente à Pamphilo, quitandole la eleccion al vendedor, ni tampoco puede negarse que este pudo lícitamente hacer la separacion: luego se hà de conceder necesariamente, que aquella venta primera encerraba virtualmente este segundo contrato, que es lo mismo que decir que la venta que se hace de numero cierto, y determinado de fanegas, de monton cierto, y determinado de trigo, se resuelve en un contrato alternativo.

Ni tiene dificultad alguna que el contrato de que tratamos se resuelva juridicamente en alternativo, por estar embebida en èl esta qualidad en las presentes circunstancias del caso fortuyto, porque *aliud es Stichum aut Pamphilum deberi*, y *aliud Stichum determinatè deberi*, y no obstante si muere Stico, se debe tan absolutamente Pomphilo, como si el solo hubiese sido el contenido en la obligacion, y aquel primer contrato se resuelve en una estipulacion de especie debida in individuo: es expresa la *Ley Stichum* 95. de *solution*, donde dice Papiniano *Stichum aut Pam-*

Pamphilum utrum ego relin dare spondes, altero mortuo qui vivit, solus petetur; tunc enim perinde, solus ille qui decessit, prabetur ac si solus in obligationem deductus fuisset: luego del mismo modo pereciendo las 800. fanegas, y quedando las 200. se reduce el contrato à una venta de especie, y en individuo, y por esta razon se deben esas 200. como todos convienen: *nunc sic:* quedando las 200. Anegas es lo mismo que si esas hubiessen sido las vendidas in individuo, & tanquam species; luego perdidas tambien esas 200. han de perecer al comprador, como todas las especies compradas perecen à este, *simul atque de pretio convenerit:* por que fuera una injusta desigualdad que se reputassen como especie, y como individualmente debidas, en el caso que esas solas quedassen à favor del comprador, y que no se juzgassen del mismo modo à favor del vendedor en caso de que se pierdan; y como en el §. *si emptio* lo mismo es que Stico, y Pamphilo mueran simul ò successivamente, assi tambien se hà de entender que lo proprio es que simul se pierdan todas, ò que primero se pierdan las 800. y luego las 200.

Compruebasse esto mismo con la reflexion de que si como el Mar se llevò todas las mil Anegas en una irrupcion, solo se hubiera llevado las 800. y dejado las 200. es cierto que se debieran entonces al vendedor los mil ps. de su precio, y fuera lo mismo que si se hubiessen vendido *determinate, in individuo, & tanquam species* aquellas 200. anegas, y que si en segunda irrupcion se hubiessen perdido, perecerian estas al comprador, y en esto estàn conformes todos los textos y AA. sed ita est que en el §. *si emptio* se decide que *si pariter decesserint, pretium debetur,* y que no hay diferencia entre quando se pierde *successive* ò *simul:* luego perdidas todas las mil anegas, las 200. vendidas, perecen al comprador.

Mas assi como en el monton de trigo estàn mezclados los granos antes de la separacion, assi en el arbitrio del vendedor, estàn confundidos los cuerpos antes de la

eleccion L. 106. y assi como en el contrato alternativo. *Utraque res est in obligatione, licet alterutra tantum in solutione* ley si duo 128. in fin. ff. de Verb. oblig. assi tambien aunque todo el monton estè obligado à las 200. solo las 200. satisfacen la paga. De que se sigue, que assi como muerto Stico, queda obligado el vendedor à entregar à Pamphilo, assi pereciendo 800. fanegas del monton de mil, està obligado el vendedor à entregar las 200. que quedaron; y assi como muriendo Stico, y Pamphilo, no solo, no queda obligacion en el vendedor à entregar alguno, sino que es obligado el comprador à entregar el precio de uno; assi pereciendo todo el monton de mil fanegas, no solo no le queda obligacion al vendedor de entregar las 200. sino que el comprador es obligado à pagarlas.

La razon, porque en el caso de que perezca parte del monton, y parte se salve, esta pertenece al comprador; es porque haviendosele vendido 200. fanegas de aquel monton, hay, y existen verdaderamente tales 200. fanegas que debe entregarle el vendedor, como quando muere Stico, y vive Pamphilo, *debetur Pamphilus*, porque ambos estaban contenidos en la obligacion; y assi como por la eleccion *solus Pamphilus deberetur*, assi por la muerte de Stico, *Pamphilus omnino debetur*.

La razon, porque pereciendo todo el monton, pertenecen al comprador las 200. fanegas; es porque la obligacion de parte del vendedor, es entregar de las mil fanegas 200. luego pereciendo todas, no tiene obligacion de entregarlas, assi como pereciendo Stico, y Pamphilo, *ò successive, ò simul pretium debetur*, porque muertos los dos, que es el todo comprendido en la obligacion, no la hay en el vendedor, à la entrega, y faltando esta, no le puede precisarse al comprador à que entregue, porque ni puede entregar, ni por su culpa se constituyò en esta impotencia; pero el comprador puede entregar el precio à que està obligado, y el vendedor puede obligarle à que cumpla con la obligacion que puede.

Ni embaraza, que el comprador no està obligado à entregar el precio, mientras no se le entrega la cosa vendida, por que en estando perfecto el contrato, el peligro es del comprador; y en pereciendo sin culpa del vendedor, està obligado à la paga el comprador: asì responde Manso à esta misma dificultad en el num. 2. consult. 5. *Verum allegata regula fallit omnino, nec venditori ad pretium consequendum agenti, ob stare potest exceptio non facte, nec adimpleta ex parte sua, traditionis rei vendite Quoties perfecta iam venditione, interim antequam sequatur traditio, res vendita, absque facto, Et culpa venditoris perierit; Qua propter rem venditam traddere impeditur, venditione enim perfecta, periculum omne in re vendita, licet adhuc non traddita contingens; ad emptorem spectat; ley Necessario &c.* y que quando el contrato està perfecto, *si res evincitur ex mero facto principis*, està obligado el comprador à entregar el precio, y no el vendedor à entregar la especie: es texto celebre, la ley Lucius Titius II. ff. de eviction, porque este es caso omnino fortuito, y fuerza mayor, *cui resisti non potest*; con el qual, y copia de AA. que recoge funda esta conclusion el Obispo Rocca en sus selectas cap. 91. à num. 6.

Esta misma parte, y extremo se confirma con la razon de la primera: por que quando de la manada, solo quedaron dos Ovejas que fueron las vendidas, por esso se deben al comprador, por que se entiende que essas fueron las vendidas individual, y determinadamente; y por esso muerto Stico, se debe absolutamente Pamphilo, por que quitada la eleccion con la muerte de Stico, es lo mismo que si individual, y determinadamente se hubiesse vendido Pamphilo; y asì se reduce el contrato à venta de especie ò cuerpo cierto, (y lo mismo es conforme à la dicha ley *Si in emptione si pariter decesserint.*) Y por esso muerto Stico *non potest venditor conqueri ereptam sibi hoc modo electionem, quam per venditionem sibi quesierat, ne Pamphilum præcisse traddere cogeretur*, por que *fatum est*

est humana sortis quod ei ademit electionem, non factum emptoris, como dice Fabro, y està precissado à entregar à Pamphilo: luego si quedando solo las 200. Anegas de las mil, se entenderian essas vendidas individual, y determinadamente, y fuera lo mismo que una venta de especie ò *ad corpus*, *ad textum inleg. si certos 37. ff. de verb. oblig.* y en ella actuaría su contrato: del mismo modo pereciendo todas en un mismo tiempo, perecen al comprador aquellas 200. como si fuesen individual, y determinadamente vendidas, y como si fuesse venta *ad Corpus*, ò de qualquiera especie, porque assi queda igual el contrato. Lo qual se entiende independiente de pacto, mora, ò estilo, en lo que como no del caso no insisto, y en su lugar se hablarà de lo perteneciente al assumpto.

II. FUNDAMENTO.

A Un esta ultima limitacion no puede tener lugar en el caso presente; por que si como se perdió todo, solo se hubiera perdido parte del trigo, no hubieran perdido los vendedores solos, si no en Prorrata, segun la cantidad que cada uno tubiesse en el monton; por que de las cantidades vendidas, se havia transferido yà el dominio à los compradores, aunque no se hubiesse hecho la separacion, y mensura.

Parece dura la conclusion: pero se harà demonstrable, y patente: cierto es que si *frumentum titij, frumento tuo mixtum fuerit, siquidem ex voluntate tua, utriusque comune est*, como dice Justiniano; y en esta commixcion, se transfiere mutuamente el Dominio, sobre cuyo assumpto Donelo en el lib. 4. de sus comment. cap. 21. uum. 50. se pone el argumento de que no basta la voluntad de los commiscentes para que se transfiera el Dominio, por que todavia es necessaria la tradicion *ibi, sed non dum hoc satis ad communicationem, voluisse fieri comunes: hoc amplius ad transferendum traditione opus est: ley si traditionibus C. de Pact.*

A esta dificultad se responde el mismo: *dicimus* & *voluntate*, & *traditione Dominorum esse comunicatas*; de *voluntate iam dixi*: esto es en el num. 40. antecedente havia dicho, que no siendo en vano la commixtion, sinò por algun motivo; no podia ser otro, que el de la Comunidad, por que si fuera para tener separados los Dominios, *multò id certius, & melius consequi potuerunt eas separatas habendo*: con que de la voluntad de transferirse el Dominio consta.

Passa à la tradicion, y dice asì *Traditio autem utrinque est in eo, quod uterque vult partem eius quod suum est, alterius fieri; & ita alter voluntate alterius, nanciscitur eius rei possessionem*. Pero como todavia restaba fuera de la voluntad mutua, algun acto, que symbolizasse la tradicion, prosigue diciendo, que asì como quando se trata de aquellas cosas, que todas se entregan, basta el acto de mirarlas como que con la vista, y aspecto se toma tambien la possession. Ley 1. §. penultimo: ley *pecuniam* 79. ff. de solution: asì tambien la vista solo de los trigos mezclados, ò el acto de la commixtion hecho por aquellos, à quienes se le mandò, *gerit vices traditionis*: ibi *nanciscitur autem (id est possessio) ut in alijs rebus, etiam que totę transferuntur, nancisci solemus: nam cum ipsis presentibus, aut alijs quibus negotium commiscendi datum est, grana commiscuntur, acquiritur ab his alię partis possessio, vice mutua oculis, & aspectu*.

Mas claro, y mas terminante al assumpto presente, està en las siguientes Clausulas: *sed & cum utriusque nomine frumenta aliquo in loco condantur, subjiciuntur hoc modo utriusque custodię & possessioni, satis que, id est ad rem transferendam, veluti cum res, quam quis mihi vult traditam, deponitur Domi meę meo mandato*. Y porque no se entienda, que este *veluti* es un exemplo preciso, que solo dice relacion al caso, en que se pongan en custodia esos trigos mezclados, en Casa del uno de los contrahentes por las ultimas palabras *Domi meę* se deben tener presente

las ras palabras *frumenta aliquo in loco condantur*, en que no se designa, qual ha de ser el lugar: lo que concuerda con lo que antes havia dicho en el cap. 18. n. 30. donde hablando de la tradicion impropria, dize, que el tercer modo con que se consigue, es: *si ei rei custodem apponant, cuius custodie res subijciatur*: con que se convence de esta magistral doctrina, que es tradicion menos propia, pero bastante, y suficiente, para transferir el dominio, *appositio custodis* de los trigos mezclados.

Supuestos estos principios se manifiesta claramente la conclusion, contrayendola al hecho. Porque el Abastecedor, que comprò las 200. fanegas de trigo del monton de mil, y sacò su libramiento del vendedor, para que el Bodeguero se las entregasse, y este aceptò, quedò desde entonces constituido por guarda, y custodio de uno, y otro trigo, que es el oficio de los Bodegueros: y que la voluntad del comprador, y vendedor fue, que aquèl trigo fuesse comun, à proporcion, y en prorrata, *patet*; porque asì como quando los trigos estàn separados, y se mezclan, dize este Author: *si suas cuiusque vellent manere, multò id certius, & melius consequi potuerunt eas separatas habendo*. Asì tambien, y por la misma razon, si el comprador, y vendedor no huvieran querido, que permaneciesen en comunidad aquellos trigos, uno, y otro inmediatamente los huvieran separados; conque quedando de consentimiento de ambos mezcladas las 200. con las 800. no vendidas en poder del Bodeguero, que se constituyò responsable à uno, y otro; al vendedor, por que el *Vale* de Bodega, que le diò al principio; y al comprador por la aceptacion del libramiento de las 200. anegas vendidas; quedò perfecto el contrato en quanto à la tradicion, trasferido el dominio, y consumado del todo.

De que inmediatamente se deduce el segundo fundamento, y conclusion, que antes se sentò de correr el peligro del trigo vendido, por ambos contrahentes en prorrata. De suerte, que si del monton de mil se huviesse perdido 500. 100. perdiera el comprador, y 400. el vendedor,

como

mo, que transferido el dominio, no es disputable à quien pertenece el peligro.

Ahora entra bien la limitacion, que pone Hermos. en la gloss. 1. num. 4. de la ley 24. tit. 5. part. 5. que aunque la venta se haga *ad mensuram*, si se entrega la cosa *ante mensurationem*, corre el peligro por el comprador con la ley 2. C. de peric. & comm.

III. FUNDAMENTO.

AUn en los casos, en que el contrato no està perfecto en quanto al peligro, segun las comunes reglas de derecho, lo corre el comprador, si se pacta entre los contrahentes: ley 1. ff. de peric. & comm. ibi *ness aliud convenit*: y no solo quando se pacta entre los contrahentes con expresion, sino quando *tacitamente* se convienen en ello: y entonces hay tacito consentimiento, quando por costumbre de la region està introducido, y observado: ita P. Oñate, tom. 3. tract. 21. disp. 71. less. 12. num. 220. ibi, *Et idem dicendum est de consuetudine eius loci, in quo contractus fit venditionis, quia contractus ex more regionis, in qua celebrantur, sunt interpretandi, Et inde gustandis, mensurandis que rebus, alia in alijs locis vigent consuetudines.*

Por esto Ansald. de comerc. & mercat. en el Disc. general, con que sierra su obra desde el num. 41. enseña con muchos, que recoge, que uno de los privilegios de la mercatura es, que se haya de estar al estylo de los mercaderes, en cuyas causas prevalece este à las disposiciones del derecho. Por lo qual, quando se trata algun negocio, que mire al Comercio en comun, ò se haya de dâr alguna determinacion, que sea regla comprehensiva de muchos casos, se acostumbra requirir el voto, y juycio de los Mercaderes: y para su Decis. se debe estàr à su parecer; porque saben su estylo.

Reconocidos los Autos, hallarà VS. que està plenamente

mente probado con los primeros hombres de este Comercio, el estylo, uso, y costumbre, de que el contrato se perfecciona en quanto al peligro, desde que el Bodeguero acepta la libranza. Y lo mas particular es el informe del Tribunal del Consulado, por el que consta, que haviendo ocurrido los Abastecedores, sobre este mismo punto, fueron repelidos; y ni aun se les quiso admitir la demanda, por ser contra el estylo de este Comercio: y que muchos de ellos convencidos de la razon, y de la costumbre trataron de componerse con los Acreedores, de quienes lograron alguna equitativa rebaxa à discrecion de los vendedores: fin, y termino, que regularmente han tenido estos litigios, como se puede veer en la consult. 68. de Rosa, en la 5. de Manso: y en el Disc. 23. de Luca de credit. & debit. y en el 118. de Regalib.

De este beneficio de que se hicieron dignos aquellos, se han hecho indignos estos; no solo por la inficiacion, y tenacidad, con que han seguido, y enredado este negocio, causando tan crecidos costos, y gastos à los vendedores, sino por la retencion de este dinero mas tiempo de tres años, à unos sujetos, que lo necesitan para sus Comercios, y en quienes siempre se verifica el lucro cessante, de que largamente tratò el Señor Herrera en su lucro licito.

Esta misma practica se hà observado general, è inconcussamente en todos tiempos, cerca del vicio, y corrupcion, que hàn padecido los trigos. Por lo qual los Abastecedores, que hàn comprado trigo bueno, y electo, sin separarlo del monton, ni medirlo, ni conducirlo, quando las Justicias los hàn arrojado al Mar, los hàn perdido los compradores, sin que jamàs hayan ocurrido à este esugio, ni à la disposicion de la ley Real de Partida, para que sea de cuenta de los vendedores el peligro; porque siempre hàn tolerado el daño, y tenido el contrato, no solo por perfecto en quanto al peligro, sino en quanto al dominio, como todo està plenamente probado en los Autos.

Lo particular es, que al mismo tiempo, que hàn tolerado

rado el daño de la corrupcion sin valerse de la ley de Partida, no se han olvidado de la última parte de su Decis. para que ceda à beneficio de ellos el aumento del precio, como sucedió el año de 41. quando infestò estos Mares el Almirante Anson, en que las grandes partidas de trigo, que tenían compradas à menos precio, lograron vender con un aumento exorbitante, y en todos tiempos, no solo han sido compradores para abastecer la Ciudad de Pan, sino para revenderse unos à otros el mismo trigo, que compraron, antes de la mensura, con utilidad, y aumento del precio, sin que los vendedores hayan dejado de cumplir sus contratos: y aunque se alega un caso de Don Vicente Leè, con Don Juan Antonio Marques, de no haverle querido entregar el trigo, por haver subido el precio, fue en otros terminos, y circunstancias de contrato, lo que se califica con el mismo hecho, porque si hubiera sido simple, y llano el que se celebrò, no hubiera permitido el comprador, que no se le entregasse el trigo, quando aunque no se huviesse llegado à la mensura, cedià en beneficio del comprador el aumento ò disminucion del precio, conforme à la ley de Partida.

Con estos fundamentos quedaba plenamente justificada la demanda, ni era necesario ocurrir à otros medios, y discursos para persuadirla: pero por vindicarlos de todas las dificultades, que contra ellos se han opuesto, se iràn respondiendo, y exponiendo en particular.

RESPONDESE A LA LEY

QUOD SÆPE.

§. in his 5. ff. de Contrah. empr.

Este texto es la Vandera, bajo de que milita un lucido Esquadron de doctrinas, que sin entrar en Batalla, han de quedar vencidas, con solo colocarlas en su lugar, y casos, siguiendo el consejo tantas veces repetido del Eminen-

E

tissi-

tísimo Carden. de Luca, de que no se proceda con reglas generales, sino con distincion, y aplicacion particular.

El Jurisconsulto Gajo en este texto dice, que en los contratos de ventas de aquellas cosas, que consisten en peso, numero, ò medida, como Trigo, Vino, Azeyte, ò Plata, unas veces se observa lo mismo que en las demás, que luego, que està ajustado el precio, queda perfecta la venta; y otras, aunque està ajustado el precio no se entiende pre-perfecta la venta, sino es que se mida, pese, ò cuente la cosa vendida: las palabras son *in his quę pondere numero mensura ve, constant, veluti frumento, vino, oleo, argento, modo ea servantur, quę in ceteris, ut simul, atque de pretio convenerit, videatur perfecta venditio: modo ut etiam si de pretio convenerit, non tamen aliter videatur perfecta venditio, quam si ad mensa adpensa, adnumerata ve sint.*

En estas palabras comprehendio el Jurisconsulto dos casos: uno, quando estas cosas se venden *ad Corpus*; y otro quando estas mismas se venden *ad mensuram*: y para uno y otro dà su respectiva determinacion. Para el primer caso, que es la venta *ad Corpus* de que se dixo, *modo ea servantur quę in ceteris*, responde, que si todo el Vino, Azeyte, Trigo, ò Plata, fuesse el que fuesse, se vendiesse en un precio, es lo mismo que quando se vende qualquiera especie: *ibi nam si omne vinum, vel oleum, vel frumentum, vel argentum, quantum cumque, esset uno pretio venierit; idem juris est, quod in ceteris rebus esto es ut simul atque de pretio convenerit, videatur perfecta venditio*: esto es lo que los Jurisconsultos llaman *per aversionem*, en que corre el peligro el comprador. Cujac. y Fabro, contra Accurcio dicen (y bien) que esto es comprar *quasi aversi*, como à espalda buelta, y mejor en nuestra frasse, à ojo, contraponiendo este modo de venta al que se hace *ad mensuram*, que es con especulacion. Fabro in leg. 62. §. 2. ff. de contrah. empt. Hermos. in leg. 25. gloss. 1. tit. 5. part. 5. num. 1. Parlad. dif. 77. num. 3. Dominguez Comerc. Terrestre, lib. 1. cap. 12. num. 42.

El segundo caso es, quando todo esse vino se vendiò, poniendo cierto precio à cada Amphora de vino, à cada Metreta de azeyte, à cada Almud de trigo, y à cada Libra de Plata; sus palabras: *quod si vinum ita venierit, ut in singulas Amphoras, item oleum, ut in singulas Metretas, item argentum, ut in singulas libras, certum pretium diceretur*: y corto aquí la letra por prevenir que aunque en este segundo caso no dice *omne vinum*, así se entiende; porque es la mesma especie antecedente, y solo muda la circunstancia, de si la venta es *ad corpus*, ò *ad mensuram*: y así se hà de proceder bajo de este supuesto de que es la venta *ad mensuram* de todo el vino, *quantum cumque esset*, à cierto precio por cada Amphora, y lo mismo en las demas especies, à las quales añade las que consisten en numero, si por el de los cuerpos se huviere señalado el precio, v. g. en una manada de Ovejas que es la especie del §. siguiente: Lassart. de Gabell. cap. 5. n. 25. versic. *quod si: ibi quod si vinum ita venierit (retento eodem themate) vendo tibi vinum hoc quantum cumque erit in singulas Amphoras certo pretio* & num. 26. versic. *ubi: ibi Et quod tota illa lex in dicto §. in his usque ad versic, ergo Et si Grex locuta sit in casu, quo totum integrum corpus vini, venditur ad mensuram id singulas Amphoras &c. apertissime constat. &c.*

Esto supuesto pregunta, quando està perfecto el contrato en esta segunda hipotesi? *quaritur quando videatur emptio perfici?* y responde con la opinion de Sabino, y Casio, que entonces se perfecciona el contrato, quando las cosas, que consisten en numero, se numeran, las que en medida se miden, y las que en peso, se pellan. *Sabinus Et Casius, tunc perfici emptionem existimant cum adnumerata, admensa, adpensa, ve sint*: y dà la razon, por que la venta parece que se hace bajo de esta condicion, de que el precio se concierta para cada metreta, almud, libra, ò cuerpo, que se midiere, pellar, ò contare, *quia venditio, quasi sub hac conditione videtur fieri, ut in sin-*

*singulas metretas, aut singulos modios, quos, quas ve ad-
mensus eris, aut singulas libras, quas adpenderis, aut
singula corpora, quę adnumeraveris.*

La razon, porque esta como condicion, que contiene el contrato, lo deje imperfecto; es la misma que se dixo arriba en el primer fundamento, y dan Antt. Fabro en la exposicion de este texto, y Anfald. en el disc. 8. n. 6. que es la incertidumbre del precio; Porque como vendido todo el trigo que està en el monton à cierto precio cada fanega, antes de medirse, no se puede saber por uno ni otro el numero de fanegas de que se compone tampoco puede saberse el precio del todo que hà de pedir el vendedor, y entregàr el comprador: y como esto es preciso, como se dice en la *lei Necessario* ya citada; por esso queda imperfecta la venta hasta que el trigo se mida, y se sepa quantas fanegas hay en el monton.

Con lo dicho se entiende la resolucion del Jurisconsulto Gajo, que en este §. solo habla de la venta que se hace de todo el trigo que hay en el monton à cierto precio cada fanega, que entonces como no puede saberse el todo del precio hasta que se mida, se entiende hecho debajo de la condicion de que compra las fanegas que se midieren: y esto que tiene que ver con el caso presente, ni como es aplicable à nuestra disputa? cuyo hecho solo se reduce à 200. fanegas vendidas à cinco pesos de un monton de mil, en que desde que se ajustò el precio, quedò perfecto el contrato, porque *apparuit Quid Quale Quantum, & pretium*, que son los quatro requisitos que perfeccionan este contrato.

Tampoco retarda la perfeccion de el en quanto al peligro, el recibo que piden los libramientos dados por los Dueños contra el Bodeguero, que es otro de los argumentos que de contrario se forma para persuadir, que mientras el trigo no se entrega al Abastecedor, no està perfecto el contrato, y que así como en este texto se entiende puesta la condicion, *quas admensus eris*, así se pone
en

en la libranza , que con recibo del Abastecedor , serà bien dado el trigo por el Bodeguero.

A que se responde lo 1. que el argumento claudica en el hecho , porque la costumbre general hà sido siempre, dàr las libranzas sin este requisito , y si hà havido alguna , hà sido de algun Comerciante nuevo en este trato: y la razon es clara , porque quando el dueño del trigo vende , y libra contra el Bodeguero , y este acepta , se queda el Abastecedor con la libranza , y conforme và recibiendo en su Casa , và enviando recibos por menor à la Bodega , hasta que cumplido el todo de la Cantidad librada , recoge el Bodeguero la libranza , y debuelve al Abastecedor los recibos.

El fin paraque recoge la libranza , es para satisfacer al dueño del trigo , y que este le debuelva el vale de Bodega , que le diò al tiempo de recibir la barcada ; en cuyos terminos se ignora , à que conducia el recibo del Abastecedor , ni de que le servia al vendedor este recibo: porque si era para cobrar en virtud de èl , y tener instrumento con que reconvenir al comprador , fuera inutil , respecto de que el dueño de la barcada de trigo , hace sus ventas , y và recaudando sin consideracion à la entrega , ò no entrega del trigo , y muchas veces està pagado el todo , y el trigo no està entregado ; y otras antes de la entrega , recoge el Bodeguero la libranza , haciendo vale à favor del Abastecedor , y con ella satisface al dueño de la barcada , y recoge su vale de Bodega. De suerte , que todos estos vales , libranzas , y recibos , no miran à la obligacion , sino à la cuenta: el vendedor libra sobre el vale de Bodega del Bodeguero: el comprador recibe por cuenta de su libranza , y el Bodeguero recoge estas , ò dando vales , ò debolviendo recibos , para recoger su vale de Bodega , con la entrega de las libranzas al dueño de la barcada , sin que en nada de esto se trate del contrato de compra , y venta , sino de entrada , y salida de el efecto , de poder del Bodeguero.

La prueba real, y manifiesta de lo dicho, la dan las mismas libranzas, porque estas se reducen à decir al Bodeguero, que entregue à Fulano tantas fanegas de trigo del que tiene de su cuenta de tal barcada, sin mas expresion de precio, tiempo, ni plazo de paga: luego este no es el contrato, sino ejecucion de èl; ni puede el recibo, que allí se pidiese, influir à la perfeccion; porque el contrato està celebrado separadamente entre el comprador, y el vendedor, y regularmente consiste en el assiento del libro; con que es preciso que aun quando la libranza pida recibo, se entienda para entre el Bodeguero, y el vendedor, no para entre el vendedor, y el comprador.

Responde lo 2. que el mismo tenor de la libranza excluye la razon de instrumento que justifique el contrato, para en su virtud poder ser executado el Abastecedor; porque como solo contiene 200. fanegas libradas, y el recibo 200. fanegas recibidas; no era exequible el recibo aun reconocido, porque todavia faltaba el precio; y entrabamos en la question, si solo por la confesion de recibo, se puede proceder executivamente si se añadiesse la calidad de que era en pago, ò otra cosa, que excluyesse la obligacion; luego el recibo al pie de la libranza, nunca puede ser el instrumento ejecutivo de la deuda.

Estas libranzas son como las que se dieron en el caso de Ansaldo, para que los Guardas entregassen el trigo, en que solo se contenia el orden desnudo de la entrega: *ibi cumque in executionem prefati contractus, oportunitum ordinem consignasset emptoribus; isti eundem ordinem* (esta es la libranza) *in continenti ostenderunt custodi*, en que no se halla cosa perteneciente al cuerpo, y substancia del contrato; pero en la Partida de los Proxenetas, ò Corredores està la descripcion del contrato por lo qual ni Ansaldo, ni Manso fundan la perfeccion de èl en la libranza, ni aun traen à consideracion su tenor, y contexto; porque estas no son el instrumento del contrato; y del mismo modo en este Comercio, no se reconviene à los compradores por la libran-

libranza, sino por el assiento del libro, vale, ò juramento, que se les toma.

Y para mejor inteligencia de todo lo dicho, se hân de separar Juridicamente dos contratos en cada venta que se hace: el uno entre el comprador, y el vendedor: y el otro entre el comprador, y el Bodeguero: entre los dos primeros se celebra contrato de compra, y venta, el qual queda perfecto, luego que se convienen en el precio, (esto es en quanto al peligro) porque yâ aparecen los quatro requisitos *Quid, Quale, Quantum, & pretium*,

Dada la libranza por el vendedor, y acceptada por el Bodeguero, queda perfecto el contrato en quanto al dominio, porque se constituye Guarda de aquel monton de trigo, en que tiene 200. fanegas el comprador, y 800. el vendedor: y como queda fundado, este es un modo legitimo de tradicion: y desde aqui nace el segundo contrato entre el comprador, y el Bodeguero.

Este es de locacion, y conduccion; porque como toda la utilidad de los Bodegueros consiste en la conduccion de los efectos que se guardan en sus Bodegas, se obliga el Bodeguero à remitir las 200. fanegas, y el comprador à pagar los fletes; de suerte que quando el Bodeguero mide las fanegas que hà de remitir al comprador, obra por la representacion de Custodio, y Preposito de aquel monton por los dos contrahentes, de quienes tiene orden para separar las 200. fanegas; y quando las remite, obra con la representacion de Locador; y el comprador que recibe, no recibe como del vendedor, ni para consumacion del contrato de compra, y venta, que esse yâ quedò enteramente perfecto *per appositionem custodis*, sino para consumacion del contrato de locacion, y conduccion, la que se perfecciona, con la entrega de la carga, como es natural en toda vectura ad text. in leg. videamus 11. §. qui vinum 3. ff. locati, cum concordantibus.

De aqui es que la entrega que se hace en esta Ciudad al Abastecedor, no es la que perfecciona el contrato
de

de empcion, y vendicion, como se hà querido entender de contrario, ni tampoco la remission que hace el Bodeguero, es *nomine & representatione venditoris*, sinò propria, por lo que, la falta que hay en las fanegas, que se conducen, no es por cuenta, y riesgo del vendedor, sinò del Bodeguero, que debe hacer la remission en sacos bien acondicionados, y pagar la falta que huviere, como sucede en todos los fletamentos *ad latè tradita* por Evia Bolaño comerc. Nav. §. fletamento.

Instan los compradores, à legando que los dueños de Navios se interponen con los Bodegueros para la remission de la carga, y para esto han presentado un papel de Don Joseph del Villar, como que esto es obligacion del vendedor, para consumar el contrato con la tradicion: A que se satisface que la prompta remission de los trigos à los compradores, es utilidad de los vendedores por muy distinto camino, que el de la perfeccion del contrato: esta consiste, en que si el Bodeguero en cuya Bodega descarga el Naviero, no remite con promptitud los trigos, tendrà menos compradores, y al contrario si se remiten con puntualidad, serà mas facil el expendio: Del mismo modo es conveniencia del Bodeguero, tener gratos à los dueños de Navios; porque si no descargan en sus Bodegas, les quitan el oficio: y por esto es buen respeto para los Bodegueros el dueño de los trigos; y assi su interposicion, y insinuacion para las remisiones, no tienen por objeto la perfeccion del contrato, que yà està consumado, sinò el de locacion, y conduccion, con un ruego que tiene veces de imperio, por la amenaza que embebe, *& quasi nudato supplicat ense potens*.

Instan mas, con que si el Bodeguero no entrega todo el trigo vendido recurren los compradores al vendedor, y este fanèa la falta, y para ello alegan el caso de Don Francisco Garvi, quien enterò la falta que havia havido en la remission: pero se responde, que como el mismo D. Francisco declara no hizo la rebaja, porque estaba obliga-
do

do à hacerla, sino porque la falta fue en una Bodega de res-
peto, y amistad, y por obviar embarazos, y questiones le
hizo la rebaja al comprador; pero esto no funda, ni la im-
perfeccion del contrato en quanto al peligro, y el domi-
nio; ni tampoco la falta de obligacion en el Bodeguero,
porque desde que aceptò la libranza, se constituyò deudor
de las 200. fanegas, Depositario, y guarda de ellas, y des-
de entonces quedò libre el vendedor de la obligacion
de la entrega, como sucede en todas las libranzas: ley 3.
C. de Novat. con lo que latamente expone en este as-
sumpto el mismo Evia en el §. Cession 6. lib. 2. del Co-
mercio terrestre el Señor Olea, tit. 8. quest. 2. y todos los
demàs que recoge Dominguez al num. 5. de Evia: porque
por la acceptacion se induce novacion del contrato, y esta
es una conclusion, que à mi parecer carece de dificultad,
y no necesita de fundarse mas.

§. ERGO SI GREX EIUDEM LEGIS.

Este texto es consecuencia de la decission antecedente,
porque habiendo dicho el Jurisconsulto Gajo, *quod simi-
liter scilicet quaritur, & de his que numero constant, si pro
numero corporum pretium fuerit statutum* responde bajo
de la misma distincion de quando la venta es *ad corpus,*
vel ad mensuram, y dice, *ergo & si grex venierit, si qui-
dem universaliter uno pretio perfecta videtur, postquam
de pretio, convenerit: si vero in singula corpora certo pretio,
eadem erunt, que proxime tractavimus*; y la razon es la
misma, porque, mientras no se cuentan las Cabezas de la
manada, *non apparet pretium* aunque estè vendido el to-
do, y asi tampoco es aplicable este texto al caso presente.

§. SED ET SI EX DOLIARIO

sequenti iuncta leg. 5.

§. SI V.G. DE PERIC. ET

comm. rei venditæ

LA especie, que se propone en este texto, se distingue en algo de la antecedente, y por esso empieza el Jurisconsulto, por las palabras *sed, & si*: reducese à preguntar, si se vendiò parte del vino, que estaba en la *Cella vinaria*, ò como nosotros decimos en la Bodega, v. g. 100. metretas, à quien pertenece el peligro? y responde, que al vendedor, sin la diferencia, que puso en el §. *in his*, de quando se vende todo por un precio, ò este se señala à cada medida, *sed & si ex doliaro, pars vini venierit, veluti metrete centum, verissimum est (Quod & constare videtur) ante quam admetiatur, omne periculum ad venditorem pertinere; nec interstet utrum pretium omnium centum metretarum in semel dictum sit, an in singulas metretas.*

Lassarte de Gabell. cap. 5. num. 26. vers. *ubi* dice, que aquellas palabras *quod & constare videtur* quieren decir *minus dubium esse in hac specie, quam in precedentibus*. Pero en mi juycio, no es este su sentido, porque esto estaba bastantemente explicado con el *verissimum*; y el *constare videtur* es por el §. Si v. g. donde està decidido el caso, y este solo tiene de particular, y distinto, el *in semel dictum, sit*.

Con este texto se puede argumentar de dos modos: el primero, en este caso aparecen los quatro requisitos *Quid*, en el vino, *Quale*, en su qualidad, (que se supone reconocida, pues no se tratò de su degustacion) *Quantum*, porque son 100. metretas, y su *Precio*, porque si se vendiò por uno solo, *in semel*, ya se sabe quanto es: y si se puso *in singulas metretas*, tambien se sabe, porque el numero es cierto: luego adhuc concurriendo los quatro requisitos, todavia no està perfecto el contrato en quanto al peligro, porque no està medido, *antequam admetiatur*: y aunque aparesca el *Quantum*, basta que no aparesca separado, paraque se pueda decir que *non apparet*.

El segundo: en esta hypotesi, es una venta de numero cierto, de todo cierto; es assi, que pereciendo este todo, perece al vendedor, y no al comprador: luego es falsa la doctrina. Para

Para responder, se debe entender primero la palabra *Doliario*. Esta como dice Verrucio en su lexicon verbo *Dolium*, citando este mismo §. de que se habla, significa el lugar, Cella, Horrèo, ò Bodega, donde se encierran los vasos grandes, ò tinajas, en que se guarda el vino, derivado del substantivo *Dolium*, como *Rosarium* el lugar de muchas Rosas; *Pomarium* el de muchas frutas &c. Y por esto lo mismo es *Doliarium* como dice este Author, que *Cella vinaria* como en el §. Si v.g.

Paulo en la ley 66. ff. de contrah. empt. hace memoria de estos Dolios, y de las Bodegas en que se encerraban, ò por mejor decir enterraban: *Dolia in horreis deffosa, si non sint nominatim in venditione excepta; horreorum venditioni cessisse videri*: lo mismo Ulpiano en la ley 3. de tritico vino &c. Y en la ley 8. de instruct. & instrum. legato: de modo que eran como nuestras Bodegas, que se componen de unas grandes tinajas enterradas en el suelo; y así se ve bien que una cosa es *Dolium*, y otra el lugar donde están. Y Fabro mas claro, *id que est quod Cajus ponit ex Doliari partem dumtaxat vini venditam fuisse, ut intelligamus, aliud eum responsurum, si totum vinum quod erat in dolio venditum fuisset uno pretio constituto* donde una cosa es *Doliarium* ò *Doliare*, y otra *Dolium*, aunque no hà faltado quien quiera que *Doliarium*, sea lo mismo que *Dolium*.

Asi mismo debe entenderse que no se vendió el vino de tinaja señalada, porque absolutamente se dijo que 100. metretas eran del vino que estaba en la Bodega, *sed & si ex Doliario pars vini venierit*, y no dice que se vendió *ex Dolio*, y así *non apparebat de qualitate*, ni tampoco del todo cierto de que se vendia, por la diversidad de las tinajas en que el vino se encierra, y fuè una venta de genero sub alterno, como dice Fabro en el §. si v.g. *ibi hic vero de vino vendito in genere ad mensuram*, que es la misma especie del §. *sed & si ex Doliario*; y no pudiendo ser genero generalissimo, es preciso que sea sub al-

terno ; con lo que se satisface à las dos dificultades : à la primera se responde que aunque *apparet* de los tres requisitos *quid, quantum, & pretium*, no aparece de su Qualidad , y así no estaba perfecto el contrato.

Antonio Fabro dice, que la razon de no estar perfecto en este caso , es porque la venta fuè hecha *ad mensuram* pero conociendo la dificultad, y la discordancia que hacia esta Doctrina, con lo que havia dicho en el §. *in his* , por que aqui era cierto el precio ; intentò evadirse de ella por argumentos menos seguros à mi parecer, hasta que por fin concluyò diciendo, *maxime vero si degustanda vina fuerint* , que es la qualidad, y el requisito que perfecciona el contrato, y como en la ley *si quis vina* 4. §. *Si aversione* 1. ff. de peric. & comm. dice el Jurisconsulto Ulpiano *difficile autem est, ut quisquam sic emat, ut ne degustet*, y en la 1. *quasi tunc plenissime veneat cum fuerit degustatum* ; no constando de esta condicion en el §. del argumento, se comprehende bien que allí faltaba el segundo requisito de la qualidad, que contiene la ley *Necessario*, y por esto estaba el contrato imperfecto, y el peligro en el vendedor, y así juiciosamente añadiò Fabro el *maxime* que queda dicho.

Al segundo se responde que esta no es venta de numero cierto de cierto, y determinado todo ; porque como las tinajas, que hay en las Bodegas son muchas, y no se señala qual es la de que se vende, y en una Bodega puede haver vino de diferentes calidades ; aunque es cierto el numero, es incierto el todo de que se venden las 100. metretas, y así està el argumento fuera del caso.

Puede replicarse : así como se hà una Oveja respecto de una manada, así una tinaja respecto de todas las incluidas *in Cella vinaria* : luego si pereciendo toda la manada que fuè el todo determinado de que se vendieron las dos Ovejas en la especie de la Doctrina, perecen al comprador ; así tambien quebradas todas las tinajas de la Bodega de que se vendieron las 100. metretas, pereceràn al comprador contra lo que el texto decide.

Puedese conceder toda la replica sin embargo del texto, porque no pone el daño en todo el vino encerrado en la Bodega, y el *omne periculum*, se refiere al todo del peligro, y no al todo del vino, y conforme à la doctrina, quando el daño es parcial, queda libre el comprador, y es del vendedor el peligro.

Al contrario, si todo el vino, que estaba en la Bodega ò Doliario pereciò; porque se quebraron todas las tinajas, ò dolios, de que se vendieron las 100. metretas; dirè, que este no es del caso del §. *Sed, & si ex doliario*, sino del §. *Si emptio* ya citado, y de la ley *in ratione* 30. §. *incertæ* 5. ff. ad leg. falc. allì propone el Jurisconsulto Marcelo, que un testador dejó legada una alhaja de Plata à eleccion del legatario, y dice, que si perecio toda la plata labrada del testador, perece al legatario la alhaja *incertæ autem res relictæ distinctionem recipiunt. Nam si ex suis rebus incertam rem testator reliquisset, veluti argentum quod elegerit, & omne argentum testatoris interiisset sine culpa heredis, nihil deberetur.*

Este texto no traen à consideracion el P. Oñate, ni los demàs que se citaron en el primer fundamento, y à mi parecer es expreso, por esta doctrina, y es concordante del §. *Si emptio* como, lo nota Accursio en este lugar Gloss. Verb. *nihil deberetur*, aunque no lo hace en la otra gloss. citando à este, y por esto sin duda no lo vieron: viene pues hablando el Jurisconsulto, desde el principio de la ley, del daño que sobreviene à la herencia, y decidiendo quando pertenece al heredero, y quando al legatario, en quanto à la deduccion de la falcidia, sentando primero por regla, que el daño que acontece à la herencia sin culpa del legatario, no aumenta la quarta falcidia al heredero, así como las accediones, frutos y agumentos de la herencia no la disminuyen.

Passa al §. 3. y dice, que esto es verdadero quando el legado es de aquellas cosas, que consisten en peso, numero, ò medida, porque si el testador legò diez Libras de

plata, de ciento, diez Ovejas de ciento, ò diez fanegas de trigo de ciento, aunque se pierdan cincuenta Libras de Plata, cincuenta Ovejas, ò cincuenta fanegas de trigo de las 100. que el testador dejó, no por esso aumentará la quarta, así como no la disminuyera, si estas cosas huviessem recibido incremento, y así se habla en este §. de un daño parcial, no total, como se verá luego, y como es deudor de Cantidad, y esta no pereció, no puede sacar mas quarta por el daño que sobrevino, que la que sacaría sino huviesse havido tal daño

Pasa al §. 4. y dice, otra cosa es si se dejaron ciertos cuerpos: v.g. *Pecuniam quam in illa arca; vinum quod in illis dolijs; pondus argenti quod in illis horreis habeo*, por que si estos parecen, perecen al legatario, y si se deterioran, se sacará de ellos aquella parte que se huviera sacado, considerada su estimacion al tiempo de la muerte del testador, *ibi si sine culpa heredis deperierunt, vel deteriora sunt facta, proculdubio aut nihil debetur* (si perecieron) *aut eorum que extabunt, qualia erunt, ea portio debetur que per legem falcidiam efficiatur existimatione bonorum, que mortis testatoris tempore fuerint*: y la razon es, porque aquel legado fue de especie cierta, y la quarta, quedó debida desde entonces, y se ha de sacar de lo que queda.

Pasa al §. de que tratamos, y pregunta al contrario, esto es: *quid juris* si el cuerpo es incierto? y distingue dos casos, uno de genero subalterno, y otro de genero generalísimo; de otro modo, uno quando dejó cosa incierta de ciertas cosas, y otro en que puramente se dejó; el exemplo del primer caso es, quando el testador dejó de su Plata labrada, una alhaja la que escogiesse el legatario *ex rebus suis argentum, quod elegerit*; del segundo, quando legó un marco de plata, ò una basija de dos marcos, que es el que pone la Gloss. Verb. *relictum*, y en el primer caso dice, que si toda la plata del testador pereció, nada se debe; en el segundo, aunque toda perezca, se deduce la quarta, y dà la glosa la razon, *quod ergo in genere debetur, non potest perire.*

La decisi3n de este primer caso, es prueba clara, de que si se perdieffe todo el vino que estaba en la Bodega, de que se vendieron las cien metretas, perecerian al comprador, porque aunque el genero generalissimo *perire non potest*, el genero subalterno *potest perire* como se vè en este §. *Omne argentum testatoris interijffet*, y el heredero se libra del legado, y los demàs bienes de la quarta, que perece al heredero, porque todo el genero subalterno pereci3; luego aunque se conceda que perdido todo el vino que estaba en la Bodega, perecen al comprador las 100. metretas, nada probarà el argumento contra el §. *Sed & si ex doliario*, porque allì no se trata de la perdida de todo el vino, sino de parte de 3l, como ya se dijo, y asì estàn acordes todos los textos.

Aun en la inteligencia de que *Doliario* sea lo mismo que *Dolium* como quiso alguno, y aun parece que tambien Fabro, estaban concordados los textos. porque si las 100. metretas de vino, se vendieron *ex Dolio determinato*, y este pereci3 todo, perecieron al comprador las 100. metretas vendidas; porque pereci3 todo el genero subalterno, de donde se debian, conforme à este texto, y para esto lo mismo es que tenga mas 3 menos extencion el genero, porque siempre se queda subalterno.

Ahora se entiende bien el §. *verum* 3. de esta ley que el da3o padecido en las cosas que consisten en peso, numero, 3 medida pertenece al deudor, que es el heredero, porque no es da3o total, sino parcial, y de lo que queda es deudor, como en el §. *si emptio* muerto Stico, es deudor de Pamphilo el vendedor, porque si todo huviera perecido, ni quedara deudor del legado, ni perderia la quarta correspondiente à 3l, segun la estimacion que tubiesse al tiempo de la muerte del testador.

Tambien se entiende ahora mejor la doctrina del P. Oñate, y los demàs que se han citado: porque en este texto se vè claramente, que aquella incertidumbre, que no lleg3 à certificarse con la eleccion, porque antes de ella,

omne

omne argentum testatoris interijt, no hace para que el Acrehedor corra el peligro en la parte que le pertenece, y no el deudor, pero si hace, (y mucho) quando no es daño total. De suerte, que si todo perece, perece à los dos, segun lo que cada uno tiene en aquel todo; pero si perece parte, solo perece al deudor, y no al acrehedor.

Por esso Donello lib. 15. cap. 2. de sus Comment. despues de haver tratado en el cap. 1. del genero subalterno, empieza assi, *est ergo superiori proximum genus, cum res plures promittuntur, certè quidem & verbis assignatè, si per se singulè spectentur, sed promittuntur disjunctim; ex qua disjunctiōe res in eandem incertitudinem electionis incidit*; notese el *eandem incertitudinem*, para identidad, como quien dice lo mismo, es sin ninguna diferencia en razon de incertidumbre, quando se vende, ò promete Stico ò Pamphilo; quando se lega *argentum quod elegerit*, ò quando se venden cien amphoras de un Dolio, porque antes de la mensura, y antes de la eleccion, tan incierto es uno, como otro; en el contrato, ò legado alternativo, està la incertidumbre en el hombre, en la venta del genero subalterno està en la cosa, pero en haviendo incertidumbre, lo mismo es en la cosa, que en el hombre.

Esto es lo que dicen estos AA. que assi como la incertidumbre, que està de parte del hombre en la obligacion alternativa, produce el efecto, de que pereciendo las especies obligadas *successive*, ò *simul* antes de la eleccion, una perezca al comprador, y otra al vendedor, *unus enim utique, periculo emptoris vixit* como dice Paulo; assi pereciendo un todo de que se vendiò parte determinada, perece todo à vendedor, y comprador, segun lo que cada uno tenia; como *si omne argentum testatoris interijisset, nihil deberetur*, pues en uno y otro caso es una misma la razon, *& res in eandem incertitudinem electionis incidit*.

Esto mismo buelve à tocar Donell. en el lib. 16. cap. 1. trata alli de los modos de extinguirse la obligacion, y principalmente *de interitu & periculo rei debita*, y dice, que

que quando las cosas que se contienen en la obligacion son inciertas, ò generalmente debidas *ut modij frumenti decem, centum amphore vini, decem bobes*, aunque res omnes debitoris pereant, tamem dici non possunt illi modij frumenti decem, centum amphore vini, decem bobes quos debuit perijisse, y da la razon quia certos non debuit, eo que non suos magis quam alienos, sed generaliter. Et infinite ubi ubi illi fuerint, quos nansisci possit, postea, Et dare, y alii rebus omnibus debitoris amissis, supersunt adhuc alieni, qui sunt innumerabiles, esto es lo que se dice, genero generalissimo, y que genus perire non potest; pero quando es la obligacion de cosas ciertas, y determinadas, aun que sea incierta la que ha de quitar la obligacion, pereciendo todas, se libra el deudor, ibi cum ergo de liberatione debitoris, ob interitum rerum eius queritur, sciamus, questionem esset in eo, utrum quod perijt, debitum fuerit, nec ne, ut si fuit debitum, debitor liberetur; si non fuit, non liberetur, con la ley in ratione §. incertę ff. ad leg. fal. esto es lo que se llama genero subalterno, que puede perecer, y pereciendo, se quita, y extingue la obligacion.

Todo me parece, que se prueba claramente con la ley Comprehensum 60. ff. de contrah. empr. sus palabras Comprehensum erat lege venditionis, dolia 60. emptori accessura, cum essent centum in venditoris forte potestate, responsum est quæ velet daturum, Y aquí Fabro, non solum in alternatiuis electio est debitoris, sed etiam quando genus aliquod debetur, nam Et qui generis debitor est, plurium rerum debitor est; atqui cum venditor in lege venditionis accessura dixit, 60. dolia, constituit se debitorem 60. doliorum, non in individuo, sed ingenere; nisi quod 60. ex 100. quæ in infundo erant promississe intelligitur, non ex his quæ alibi essent, possunt autem eligi commodò de 60. ex 100. ergo quemadmodum si venditor illam aut illam rem vendidisset, ipsius esset electio, utram venditam mallet, ita Et cum vendidit 60. Dolia ex 100. Veanse en este texto, y en su gloss. adequadamente parificados los dos modos

de venta alternativa, y de genero subalternò; de tal modo, que si los 100. dolios se huviessen quebrado, no tuviera obligacion el vendedor de entregar alguno, y perecieran los 60. al comprador.

Esta regla, y doctrina es tan cierta, que en todas materias se verifica; ya lo hemos visto en los contratos à que pertenece el §. *Si emptio*: en los testamentos à que toca el §. *Incerta*. Veamosla ahora en los matrimonios. En la ley ii. tit. 1. part. 4. Se propone que un Padre prometió, y jurò à un hombre que le daría à una de sus hijas por muger, en lo que ellas (ya se vè) consintieron: y dice, que està en la eleccion del Padre, qual quisiere dar; y què si el Padre llega à elegir, aunque el quiera otra, no puede precisar al Padre à que le dè la que el quisiere, pero concluye con nuestro caso diciendo así: *è si ante que el Padre señalase alguna de ellas por dargela, se muriesen todas, fueras una, maguer, que no huviesse voluntad de darle aquella, tenudo es de dargela, por cumplir la promission que fizo*: y siendo cierto, que si muriesen todas, quedaria el Padre libre de la obligacion, se convence, que en todas materias es cierta la doctrina referida: vease su proporcion, y Justicia: si el Padre elige, y el otro no quiere la elegida, queda libre el Padre. Si el hado le quitò al Padre la eleccion, y le quedó una sola, aunque no quiera, està obligado à darsela; pues esto mismo es lo que sucede en las cien metretas; si se pierden todas las contenidas en el *Doliario*, ò *Dolio*, y solo quedan salvas ciento, aunque no quiera el vendedor, essas ha de entregar por *cumplir la promission que fizo*, porque como digimos con la ley *Stichum aut Pamphilum* ff. de solut. aquel que queda de los dos, se debe del mismo modo, que si el solo estubiesse en la obligacion, y lo mismo es en las 100. metretas, que no se pierden: luego pereciendo todo el vino que estava en los dolios, ò en el dolio, perecen al comprador las 100. metretas, porque fuera injusto, que quando quedan, se tengan por vendidas, *in specie*, y no quando se pierden; de que resulta, que para la verdadera

ra inteligencia del §. *Sed, & si ex doliario*, no se ha de poner todo el vino perdido, sino parte de él, ò imperfecto el contrato, por la falta de la degustacion, que es la qualidad requisito preciso para su perfeccion como queda dicho.

LEY I. DE PERIC. ET COMM.
rei venditæ.

EN este texto dice el Jurisconsulto Sabino, *prius quam enim admetiatur vinum proprie quasi nondum venit*: con cuya decission intentan probar, que mientras se mantiene mezclado el vino, es incierto qual es el vendido, y no puede haver peligro, dominio, tradicion, ni usucapion de cosa incierta ad text. in leg. *locus* 26. ff. *de acq. possess.* que es la misma razon que dà el P. Oñate, *ubi supra* num. 231. *in fin. ibi, quia non est certa res qua emitur, sed admixta cum alijs eiusdem generis venditoris, nec in incerta re potest subiri periculum, aut commodum decerpi*: y como mientras las 200. anegas de la hypotesi nuestra, no estàn separadas del monton de mil, son inciertas; no puede correr el peligro el comprador.

Esfuerzan mas esta dificultad con la misma ley *Necessario* discurriendo asì; paraque estè perfecto el contrato en razon de peligro, es necesario, que aparesca qual es lo que se vende; es asì, que mientras estàn confundidas las 200. anegas en el monton de mil, no aparece quales son las vendidas, porque lo impide la commixtion: luego el peligro corre por el comprador. Sobre el requisito *quantum* hacen otras reflexiones que por no repetir, se tocaràn en otro lugar.

Corroboran esto mismo, preguntando quales son los granos del vendedor, y quales los del comprador? como tienen sus acciones reales sobre cada grano? como el Bodeguero iba escogiendo los granos de uno, sin dar los granos de otro? y què donde està la accion de vindicacion?

A esta dificultad se responde facilmente: y para mayor

yor claridad me parece congruente distinguir una incertidumbre *rei*, y otra incertidumbre *in re*: la incertidumbre *rei*, es quando es incierto si existe, ò no existe la cosa de cuyo dominio ò peligro se trata: la incertidumbre *in re* es quando la cosa es cierta, pero en la misma cosa hay alguna incertidumbre, y esta puede ser de dos maneras. Una incertidumbre de parte cierta, y otra de incierta: todo està contenido en la ley *locus*, donde se propone la especie de parte de un fundo, de cuya Usucapion se trata, y dice Pomponio, que si es cierta la parte *pro indiviso*, se puede usucapir: pero si la parte es incierta, *nec traddi, nec capi potest, veluti si ita tibi traddam, quid quid mei juris in eo fundo est*: ve aqui un cuerpo cierto, una parte-incierta, y otra cierta: una en que se puede adquirir dominio, otra en que no se puede y sobre esta especie de incertidumbre recae la razon del texto: *nam qui ignorat, nec traddere, nec accipere, id quod incertum est, potest*: con lo que se verifica que puedé haver possession, y dominio en cosa incierta quando la incertidumbre es *in re*, pero no quando la incertidumbre es *rei*.

Asi mismo es necesario entender el requisito *Quale* porque como tiene dos acepciones, se padece grande equivocacion en esta materia. Entiendese *Quale* primeramente por la qualidad del trigo contrahido à su especie, si es bueno, si es malo, si es mediocre, si es blanco, ò si es prieto. &c. y esto significa en la ley *Necessario*; y asi à la pregunta que las hijas de Jerusalem le hicieron à la Esposa, *qualis est dilectus tuus?* respondiò esta, *dilectus meus candidus, & rubicundus, electus ex millibus*.

De otro modo se entiende el *quale* en la frasse Castellana, y es quando recae sobre la designacion del Cuerpo ò sujeto de que se trata; v. g. si se duda entre muchos como en la especie de la ley *idem Pomponius* §. final (y otras concordantes) ff. de rei vindicat. *qual* sea el siervo legado, en la que, aquel *qual*, no recae sobre las qualidades, sino sobre el cuerpo è individuo; pero esto nace de hispani-

sar.

farlo, porque una es la frase latina, y otra la Castellana: en latin no diremos *qualis sit servus legatus?* sino *quis sit servus legatus*. Y assi en el texto citado dice Ulpiano *puta plures erotes, nec appareat de quo actum sit*, però en nuestro Idioma diremos, *sino aparece de qual se tratò*, y assi este *qual*, concebido latina ò hispanicamente, influye mucho para la equivocacion.

Todo lo explica Justiniano en el §. *quod si frumentum* ticij en las ultimas palabras: *arbitrio autem judicis continetur, quale cuiusque frumentum fuerit*: donde supuesto que el trigo no es comun, por no haverse mezclado *ex voluntate utriusque*, y que no se puede separar, por que aunque *singula grana in sua substantia durent*, est *pene impossibilis* la separacion; dice, que el arbitrio del Juez estimarà qual era el trigo de cada uno; si este *qual* se entendiesse en la frase Castellana, sería un error manifesto, porque el arbitrio del Juez, no puede hacer que aparescan los granos mios, y los de Ticio; porque esto solo està reservado à aquel, que *arbitrio nutuque regit terram que Polumque*, y que usando de este arbitrio, mandò dividir la tierra del agua, y que apareciesse seca, quando todo estaba mezclado, y confundido, y *unus erat totus naturæ vultus in orbe*.

Al contrario, si se entiende en la frase latina, tiene su perfecta significacion en la qualidad de los trigos, la que estimarà el arbitrio del Juez para la divicion de esta manera: si el trigo de Ticio era de inferior condicion, y valia quatro pesos; v. g. y el mio de mejor calidad, y valia seis, vendida la fanega de este trigo mezclado por cinco ps. no partiremos igualmente Ticio, y yò, sino que aquel llevará dos pesos, de los cinco, y yò los tres: y de este modo *arbitrio judicis æstimabitur, quale cuius que frumentum fuerit*.

Assi mismo se comprueba todo el discurso con la doctrina de Porthol. de Consortib. cap. 19. num. 1. donde hablando del Dominio en comun, que los consortes tienen

en la cosa *pro indiviso*; dice, que aunque ninguno de ellos pueda antes de la divicion, conocer su parte cierta, y determinadamente; en pero todos conocen ciertamente antes de la divicion, que toda aquella cosa es de todos, segun la parte que cada uno tiene: *nam licet nullus ex consortibus ante divitionem, determinate & certitudinaliter partem suam cognoscere possit; omnes autem consortes, simul etiam ante divitionem, certitudinaliter cognoscunt rem totam esse suam*: lo qual sucede en todas las cosas comunes, y en que todos tienen dominio *pro indiviso*, en que la incertidumbre solo recae sobre el conocimiento, no sobre la cosa, ni sobre la parte de ella.

Pero mas literalmente se comprueba todo lo discurredo de ley *Stipulationum* 74. ff. de verb. oblig. donde sentando el Jurisconsulto Cayo, que las estipulaciones unas son ciertas, y otras inciertas, dice en el §. 1. *certum est quod ex ipsa pronuntiatione apparet, quid, quale, quantum que sit, ut ecce tritici, Africi optimi modij centum, vini, campani optimi, amphore centum*, el *quid*, en el *tritici*, el *quale*, en el *optimi africi*, y el *quantum*, en el *modij centum*.

Passa Ulpiano à la ley siguiente, y saca esta consecuencia, *ubi autem non apparet, quid, quale, quantum que est in stipulatione, incertam esse stipulationem dicendum est: ergo qui frumentum sine qualitate dari sibi stipulatur, incertum deducit in obligatione*, en cuyos textos se veè claramente la consonancia con la ley *Necessario*, en que estàn puestos por regla estos requisitos, y que sin embargo, de que no estèn separadas, ni medidas las 200. fanegas de nuestra especie, se pueden decir ciertas, y que en ellas se verifica el requisito *quale*, aunque no se puedan designar, ni discernir, de las 800. no vendidas.

Y porque el *apparet* de la ley *Necessario*, no se entienda en los terminos materiales de separacion, discernimiento, y designacion, paraque aparesca quales son en la frase Castellana, se halla en las dos leyes citadas repitiendo el *apparet*, así en la estipulacion cierta, como en la

in-

incierta, en cuyas especies es preciso, que no aparezcan materialmente, sino en la obligacion, y en el contrato.

Pero aun mas eficazmente se prueba con esta reflexion, si el *appareat* de la ley *Necessario*, contrahido al *quale*, importara una separacion, que redujese la cosa à una certidumbre individual, esse mismo *appareat*, contrahido *ad pretium*, importara lo mismo, porque *determinatio respiciens plura determinabilia, omnia pariformiter determinat*, ley *iam hoc jure*, ley *Lucius ff. de vulg. cum concordantibus*, y como el *appareat*, determina todos quatro requisitos, del mismo modo, que para la perfeccion del contrato, se requiriera, que apareciesse el *quale* separado, assi tambien se requeriria para la perfeccion, que apareciesse el *quanto* del precio, separado del caudal del comprador: es cierto, que no se puede decir, que se requiere la material circunstancia del precio, y consignacion real de las monedas *in individuo*, porque el contrato queda perfecto, *quamvis non dum pretium numeratum sit*: luego aunque no aparezca qual es el trigo separado, y de modo que se reduzca à especie individual, queda perfecto el contrato; y assi como basta que aparezca el precio en una Cantidad cierta, debida, y que no admita mas, ò menos; assi tambien basta, que aparezca una cantidad vendida, que no admita mas, ni menos, como en las 200. fanegas, que ni pueden ser 199. ni 201. como en la especie de la ley penultima §. *Si Dolia* ff. de act. empt. & vend. lo advierte Fabro, *at is qui vendit, aut fundum cum 80. Dolijs aut 80. Dolia, restringit se ab initio, ad numerum specificum, qui augeri nunquam potest. nunquam enim facias ut 80. Dolia, sint 100.*

Esto que hemos dicho cerca de la qualidad, milita igualmente cerca de la cantidad, esto es, que no se necesita de que el *quanto*, estè reducido à especie, por la circunscripcion, y separacion, paraque juridicamente se verifique, que *apparet quantum venierit*, porque como el *apparet*, es el determinativo de todos los quatro requi-

sitos, è igualmente determina el *quanto*, que el precio, así como verdaderamente se dirà, que *apparet pretium*, aunque este no esté separado, y reducido à especie, y cuerpo determinado; así tambien se dirà verdaderamente, que *apparet quantum*, aunque no estén separadas las 200. anegas, porque desde el principio del contrato, ya se sabe, que son 200. no así quando se vende el monton *ad mensuram*, como en el §. *In his*, porque entonces non *apparet quantum*, mientras no se mide, como que la mensura es la que ha de determinar la cantidad, y al mismo tiempo el todo del precio.

Así la condicion, que dicen los tres JJ. CC. que se induce por la mensura, es porque de ella pende la determinacion del *quanto*, y del *precio*, y como quando la venta se hace bajo de esta condicion *quanti ille estimaverit*, es el contrato condicional. De suerte, que si se purifica la condicion, *quia is qui nominatus est, pretium definierit, venditio ad effectum perducitur*, pero si este, ò no quisiere, ò no pudiere definir el precio, *pro nihilo est venditio quasi nullo pretio statuto*, como dice Justiniano en el §. *Pretium* i. instit. de empt. & Vendit. así quando la venta se hace *ad mensuram* de un monton, cuya cantidad se ignora, se confiere el precio de la venta, en la determinacion de la mensura, y siguiendose esta, *contractus ad effectum perducitur*, pero si no se puede medir, y por esto no se define el precio, *pro nihilo est venditio quasi nullo pretio statuto*.

Esta es la condicion, que los JJ. CC. dicen, esta es la potestad, y virtud de la mensura, ella es la que determina el *precio* por el *quanto*, por esso queda suspena la perfeccion del contrato, hasta que se mida, ò no; y por esso es la condicion *quas ad mensus eris*, porque solo las medidas, son las que determinan el precio.

Esto me parece que se conviene con esta reflexion. Vendióse un monton de trigo de incierto numero de fanegas *ad mensuram*; midieronse de él, 500. y quedò todavia

mucho resto en el monton: es cierto en este caso, que pereciendo las 500. perecen al comprador, como del mismo modo, pereciendo el resto del monton, pereceria al vendedor: pregunto ahora: en que consiste, ò porquè, que aquellas 500. medidas perezcan al comprador? y me parece, que no hay otra razon, que la de que con la mensura de ellas, quedò determinado su precio; el podia ofrecer, y el vendedor pedir: con que no es à otro fin la mensura, que à certificar el precio: luego si este està certificado desde el principio, porque se sabe, que 200. fanegas à cinco ps. importan mil ps. no es necessaria la mensura para la perfeccion del contrato; porque si todo su objeto es certificar el precio, y este ya està certificado desde el principio, es ociosa la mensura, y asì dice muy bien Torniola, que la mensura, que sirve para demostrar la Cantidad, es la que declara al mismo tiempo el *quanto* del precio.

Si se responde, que no es esta la razon adecuada, sino porque luego que se miden, aparecen las que fueron vendidas, me parece, que no es razon solida, sino ridicula: porque essas mismas 500. fanegas antes de medirse, aparecian en el monton comprado, y la separacion, y mensura no las hace otras, porque las mismas son despues de medidas, que antes de medirse, nada se les añade mas, que la certidumbre del numero, y esto paraquè sirve? *ut appareat quantum ematur*, como, dice Paulo, y paraquè es necessario, que *appareat quantum ematur*, quando la venta es *ad mensuram*? responde el P. Gibalino, *ut sciatur vino ad mensuram vendito, quantum emptori perierit, qui pro eo, quo ad mensum fuerit, pretium debet*, que mas claro? luego siempre venimos à parar, en que la mensura no es para otro fin, que el de certificar el precio.

Mas clara, y demonstrable es esta otra reflexion. Si un monton de trigo, se vende *ad corpus*, y *per averсионem*, ò como nosotros decimos à ojo en un precio; no es necessaria la mensura, paraque quede perfecto el contrato, *simul atque de pretio convenerit*: pues pregunto, no es el

trigo mensurable? es cierto: no puede haver mas, ò menos de aquel concepto, que se hizo à ojo? tambien lo es: pues porque no se requiere la mensura? porque ha de ser? sino porque ya el precio es cierto, y ya los contrahentes lo constituyeron en el principio, y no puede ser mas, ni menos, haya menos, ò mas del trigo que se concibió; y como la mensura no ha de determinar el precio, no es menester mensura: luego si quando se venden 200. fanegas à cinco ps. es cierto el precio desde su principio, y este no se puede aumentar, ni disminuir, y lo que mas es, que ni aun las 200. anegas pueden ser mas, ni menos, como pueden ser menos, ò mas las que se concibieron en el monton, que se vendió *per aversionem*; se ha de confessar, que para la perfeccion del contrato en este caso, no es menester llegar à la mensura, y que desde el principio, quedó perfecto en quanto al peligro, porque desde entònces aparecieron igualmente los quatro requisitos *Quid, quale, quantum, & pretium*.

Ninguno con mas claridad, ni con mas consicion, que Don Sebastian Antonio de Ortega, en la exposicion de los ocho libros de Pichanon, en la ley final ff. locat. à num. 25. explicó todo lo perteneciente à esta materia, è inteligencia de los textos, que conducen à ella. *Si vinum (dice) forte omne, quod sit in aliqua Apotheca, vel doliario, ad mensuram sit venditum, ante mensuram, liberari nullo modo debitor potest: etenim mensura conventio uniberso corpori appossita, & in futurum relata expresse, vel tacite, facit conditionem in quantitate.*

Notese en estas palabras, lo primero, el *vinum omne*, que es la especie del §. *in his*, que inmediatamente cita. Notese lo segundo, *Apotheca vel doliario*, que es lo mismo que se hà dicho, ser lo proprio *doliario* que *Bodega* ò *Apotheca*, notese lo tercero, el *facit conditionem in quantitate*, para que la condicion solo mira à la quantidad que està *in pendent*.

Prosigue al num. 26. *sin autem centæ Amphoræ vini, ex aliqua Apotheca, emptæ sint etiam mensura conventio*

tio, facit conditionem ex natura rei, in quidditate, non in quantitate, ut scilicet sciri possit, quid emptum sit; itaque si vinum pereat, sed non omne, dummodo centum Amphoræ supersint, illæ emptæ permanebunt. Argumento text. in leg. si in emptione 34. §. si emptio ff. de contrah. empt. textus sic intelligendus in dicta lege quod sape §. sed & si ex doliario ff. eodem: sin vinum omne, aliquo fortuito casu sit effusum, emptor pretium solvere cogitur, nam verum est cum universo corpore, quantitatem emptam peremptam fuisse, seclussa degustationis conditione, quod semper in his speciebus ponendum est, textus qui nulla arte effugi potest in dicta lege 34. §. si emptio; este es el todo de la letra de este numero, notense ahora sus partes.

Lo primero: *Centum Amphoræ vini ex aliqua Apotheca*. Esta es la especie del §. *sed & si ex doliario*, como luego lo cita: notese lo segundo, *mensura conventio facit conditionem ex natura rei in quidditate, non in quantitate, ut scilicet sciri possit, quid emptum sit*, porque supone que haviendo muchas especies de uino en la Bodega, no cae la condicion sobre el *Quantum*, porque ya se sabe que son *centum Amphoræ*, sinò sobre el *quid*: Bien es verdad que yo no me explicaria asì, sinò dijera, *facit conditionem in qualitate, non in quantitate*, porque siempre es vino el que se compra, sea qual fuere: lo tercero, *itaque si vinum pereat, sed non omne, dummodo centum Amphoræ supersint, illæ emptæ permanebunt*, es lo mismo que dejamos dicho en la venta alternativa de Stico ò Pamphilo con el §. *si emptio*: lo quarto *textus sic intelligendus in dicta lege quod sape §. sed & si ex doliario*, pues como dije en su lugar, este texto no se hà de entender, quando todo el vino se pierde, sinò parte de èl: lo quinto *sin vinum omne, aliquo fortuito casu sit effusum, emptor pretium solvere cogitur; nam verum est cum universo corpore, & quantitatem emptam peremptam fuisse, textus qui nulla Arte effugi potest, in leg. 34. §. si emptio ff. de contrah. empt.* esta es à la letra la doctrina del Padre Oñate, y los demas

mas

mas, y nuestro mismo caso en terminos terminantes; y lo mismo contexta en el §. fin: de la ley si servus de contrah. empt. num. 18. donde hablando de los 80. dolios vendidos, dice *in superiori autem specie, venditor ex dolijs integris eligere debet, vel ex corruptis, & quassis, si omnia fracta sint*, citando à Pancorbino en la observacion 64.

Supuesto todo lo referido, se satisface adequadamente à la dificultad: y à lo primero, de que no puede correrse el riesgo en cosa incierta; se responde, que quando la cosa es cierta, y solo hay de incertidumbre, el conocimiento, y distincion, que ha de producir la divicion, no es incierta la cosa en que se corre el riesgo; así como la cosa comun perece à los consortes, ò consocios, y con todo esso, antes de la divicion, *nullus ex consortibus determinatè, & certitudinaliter partem suam cognoscere potest*; que es lo que sucede en el caso presente, que aunque el comprador no pueda conocer sus 200. fanegas en el monton de mil, antes de la divicion, *attamen èl, y el vendedor certitudinaliter cognoscunt, totum acervum esse suum*.

A lo segundo se responde, que aun quando estàn mezcladas las 200. fanegas con las 800. aparece qual es lo que se vende, y quales son las 200. anegas vendidas, hablando en la frasse de los Jurisconsultos, porque aparece de las qualidades del trigo, que se vendiò; y aunque en la frasse Castellana, no aparesca quales son, por tener distinta inteligencia la palabra *Qual*, no se ha de gobernar la perfeccion del contrato, por el sentido de otro Idioma, sino por la virtud, y enèrgia de aquel, en que se diò la regla; y así diremos, que quando estàn mezcladas las 200. con las 800. el modo de aparecer quales son las vendidas, es por el numero, y por la parte, que tienen en el monton el comprador, y el vendedor: de suerte, que uno y otro *certitudinaliter cognoscunt ante divitionem, totum acervum esse suum*, ò como dice Vinio en el §. *quod si frumentum* versic. *in rem actio*, donde poniendose el argumento, responde *satis enim designari videntur grana petita,*
hoc

hoc ipso quod designantur, certo loco, atque acervo, contenta, & circumscripta.

A la pregunta, de *quales* son los granos del vendedor, y *quales* los del comprador, se responde; que si el *qual* se entiende en frase de los Jurisconsultos, se dirà, que su calidad es la misma, que reconociò el comprador antes del ajuste, y si en la frase Castellana, se dirà, que los que componen las 200. fanegas vendidas, pero que su individual conocimiento no influye, ni à la perfeccion del contrato, ni à la translacion del dominio, porque los consortes lo tienen, y no obstante *nullus ex consortibus ante divisionem, determinatè, & certitudinaliter, partem suam cognoscere potest.*

A la pregunta de como tienen sus acciones reales, sobre cada grano? y donde està la accion de vindicacion? se responde, que como los consortes tienen sus acciones reales en la cosa comun, assi el comprador, y el vendedor en el monton de trigo, esto es, cada uno por su parte, *pro indiviso*; y si el trigo no se concibiesse comun, responde Justin. en el §. *quod si frumentum: Sed si ab alterutro vestrum totum id frumentum retineatur, in rem quidem actio pro modo frumenti cuiusque competit.* Vease ay la accion *in rem* en el trigo mezclado.

Ultimamente, à la pregunta de como el Bodeguero iba escogiendo el grano de cada uno, sin dar los granos del otro? se responde, que en el monton del trigo de mil, tienen todo el dominio el comprador, y vendedor, el uno por 200. y el otro por 800. fanegas, y quando se saca parte por el comprador toda essa parte pertenece à los dos rata, por cantidad, pero el vendedor renuncia el dominio que tiene, en aquella parte que se saca, y de comun passa à ser particular, y queda con menos parte en aquella comunidad, y compania, y el comprador renuncia igualmente el dominio, que tenia à todo el monton, por la parte que saca, hasta que extrahidas todas las 200. fanegas, queda el vendedor con las 800. y con 200. el comprador.

prador, y con la mutua renunciacion de los dominios, se hace la divisi3n sin milagro, ni dificultad, y entonces se conocen los granos, que particular, è individualmente pertenecen à su dominio, y antes pertenecian al mismo dominio en confus3o, y pro indivis3o.

RESPONDESE A ANSALDO
de Ansald. disc. 8.

EL caso, que se propone en este discurso es: que Lorenzo de Ansald. y [Cozme Milanefio, compa3eros en un banco de Liorna, compraron de Antonio Huyg3ens, 2000. sacos de trigo por medio de Corredor, como es costumbre, y en el libro de este se hall3 la partida del thenor siguiente.

Vende el Se3or Juan Antonio Huygens, à los Se3ores Ansaldo, y Milanefio, 2000. sacos de trigo, 3 los que huviere en el Almac3n à 21. Libras cada saco, plazo de un mes de resguardo, as3i para recibir, como para la paga.

As3i tradujo el P. Fernando Conosciuti las siguientes palabras que estàn al numero 1. del Disc. *Vende il sign. Gio Antonio Huygens à signori Ansaldi, è Milanefi, sacca 2000. 3 quelli saranno, di grano in Magazzino, à lire 21. il sacco, tempo un mese di rispetto, tanto per ricevere, che per il pagamento, &c.*

El vendedor di3 à los compradores libranza contra el Guarda Almacenero, 3 Bodeguero, paraque entregasse el trigo, y con efecto le reconvinieron con ella los compradores, y en su execucion entreg3 el dia 29. de Diciembre 350. sacos, y el 30. otros 300. pero el dia 10. de Enero se refugi3 el Guarda en la Iglesia, con el motivo de que le havia faltado el trigo, y de aqu3 naci3 la quest3on, *Utrum* el peligro de este trigo tocaba à los compradores, 3 al vendedor.

Este Author funda desde el num. 2. del disc. 7. que el peligro es de cuenta del vendedor, por haverse hecho

hecho la venta *ad mensuram*, y distribuido su precio à cada saco, como parece de aquellas palabras à 21. libras el saco segun la ley *quod sape §. in his* ya citada, y que aunque havia dado el orden paraque entregasse el Guardia, no es lo mismo mandar entregar, que hacer la entrega.

De este discurso passa al 8. en que intenta confutar à Manso en la Consult. 5. à quien nota no haver penetrado bien el sentido, letra, y razon, del citado §. *in his*, y en el num. 5. dice, que toda la diferencia consiste en que el precio se ponga à cada medida, ò à todo el cuerpo, y no como entiende Manso, poniendo la distincion, entre quando se vende todo el trigo, y quando se vende alguna parte: de suerte, que quando el precio se pone à cada saco, se entiende hecha la venta *ad mensuram*, y hasta que se miden, y numeran, no està perfecto el contrato, y dà la razon, que asì como hecha la venta *per aversionem*, nada resta para la perfeccion del contrato; asì quando el precio se distribuye en cada saco, no queda perfecto, mientras no se numeran, y la razon de esta razon es, por que mientras no se numeran està incierto el precio, por que pueden ser mas, ò menos los sacos, à cuyo fin se refiere à Antonio Fabro, en el lugar arriba citado.

Ya se veè la discrepancia, que hay entre el hecho de la doctrina, y el presente, porque aquel es de una venta de 2000. sacos, ò los que fuesen, y este es de 200. fanegas que es numero cierto, y determinado, aquel està en los terminos del §. *in his*, porque à las palabras de 2000. sacos, ò los que fuesen, corresponden aquellas, *si omne frumentum quantumcumque esset*, y este es de venta de numero cierto: y por esso en la explicacion de este texto dije, que en la segunda hypotesi de la venta *ad mensuram*, se entendia, que era vendido todo el trigo, y asì la diferencia, y principal distincion de este texto consiste, en que en el primer caso se vende todo el trigo por un precio, y entonces *ea servantur, quæ in cæteris*, es venta *ad corpus*, *Et venditur ut res*, *Et per aversionem*: en el segundo se vende esse

esse mismo todo de trigo, pero no por un precio, sino distribuydo en cada medida, y entonces se dice *ad mensuram* porque de esta depende la certidumbre del precio, que es la misma razon que dà Ansaldo con la doctrina de Fabro, con que este numero 5. està tan lexos de ser contra nosotros, que antes es à favor, en quanto se vale de la razon de Fabro, y como alias se verifican los requisitos de la ley *Necessario*; se manifiesta estar en los terminos de esta, y del §. *si emptio* 6. de la ley *si in emptione* 34. y no del §. *in his*; con que no se hà de preguntar la question si esta venta es *ad corpus*, ò *ad mensuram*, si se puso el precio al todo, ò se distribuyò en cada fanega, que son las especies del §. *in his*, y de todos los demàs textos que hablan de la venta hecha *per aversionem*, y *ad mensuram*, finò unica, y precissamente, de la venta de numero cierto, de monton cierto, y determinado, y para esto en nada conduce ni la consult. 5. de Manfo, ni los discursos 7. y 8. de Ansaldo, porque son en distintos, y distantes terminos.

Tambien està conforme con nosotros todo el concepto del discurso, en quanto à que esto fuè venta hecha *ad mensuram*, y no *per aversionem*, de que resulta, que en solos los 650. saccos, que se midieron por el Guardia, se purificò la condicion del contrato, que es el *quas ad mensus eris* del §. *in his*, porque como tengo dicho en la parte, que se pierde antes de medirse, no puede certificarse el precio; y como en el caso de este Authòr, no eran 2000. saccos los vendidos definitivamente, finò estos ò los que fuessen, precissamente havian de perecer al vendedor, los que no estaban vendidos; otra cosa seria, si fuessen los saccos 2000. definitivamente; que entonces perdido todo el trigo, pereceria al comprador la parte comprada en el trigo perdido, porque como dice Ortega, *verum est cum universo corpore, & quantitatem emptam peremptam fuisse*; pero como en el caso no havia cantidad determinada, por que quien la havia de determinar, era la mensura, y perdido todo, no hay que medir, tampoco hay por donde determinar el precio.

De aquí es que la verdadera inteligencia del §. *in his*, ni consiste solo en lo que dice Manso, ni solo consiste en lo que dice Anfaldo; no, consiste solo en lo que dice Manso, porque bien se puede vender el todo; y ser la venta *ad mensuram*, porque quando *nec per artem geometricam*, se puede saber el *quanto*, es preciso, que lo determine la mensura, para que por el *quanto*, aparezca el precio, y que este caso puede darse, y de hecho se dà, lo diremos después, quando se trate de la doctrina de Baldo, aunque tambien se puede verificar que sea *ad mensuram* quando se vea, que Baldo extendió la doctrina à un caso no comprendido en la decisión de los JJ. CC. pero sí, incluydo en su razon.

No consiste solo, en lo que dice Anfaldo, porque no basta, que se ponga el precio à cada medida, para que se diga *ad mensuram*, porque quando las medidas son ciertas, y determinadas, no se suspende la perfeccion del contrato hasta la mensura; porque como esta se dirige solo al fin de determinar el *quanto* del *precio*, y quando el numero es cierto, este es el que lo determina no hay necesidad de que se mida para que esté perfecto el contrato, y así desde luego corre el peligro el comprador, como en el §. *si emptio*, y en el §. *in certis*, y por esto pereciendo el todo, perece à él al comprador la parte vendida, por lo que discurro que ni uno ni otro le dieron à la ley su verdadero sentido.

El caso de Manso en quanto al modo de la venta frisa con el del Anfaldo, porque se vendieron 1100. sacos poco mas ò menos, ò los que fuesen, de trigo, por el precio de 20. libras el saco, que esso quieren decir aquellas palabras Toscanas que están al principio de la consulta ibi *sacca 1100. in circa, ò quelli saranno, di grani, per il prezzo di lire 20. il sacco*. Y así es distante, y diverso del presente, aunque su decisión favorece mucho à los Navieros, por ser en terminos mas estrechos.

Pero sin embargo se pudiera hacer mas fuerte argumento con este, que con el otro Author, porque al nume-

ro 13. versic. *Quo enim*, (dice) *aut enim venduntur certa Amphora vini ex pluribus in quodam cellario existentibus, vel modij mille tantum frumenti ex maiori summa in horreo contenta, Et tunc ante mensurationem factam, non dicitur venditio perfecta quoad periculum.* De que se puede inferir que aunque la venta sea de numero cierto, de monton cierto, y determinado, no està perfecta la venta en quanto al peligro, contra la doctrina del Padre Oñate que se apuntò al principio, y los demas,

Pero à esto se responde lo primero que no consta en esta doctrina de la qualidad, porque solamente se venden mil anegas del trigo encerrado en la Bodega, y el reconocimiento de su qualidad, havia de ser al tiempo de la mensura, pues no se havia hecho antes, y por esto no estaba perfecto el contrato.

Respondese lo segundo que ni la gloss. de la ley 2. CC. de peric. & comm. rei venditæ, ni la ley *Necessario*, contienen esta especie, y siendo estos los textos en que se funda, y no haciendose cargo de la ley *si in emptione §. si emptio* ya citado, ni de la ley *in ratione §. incerte*, no puede entenderse la doctrina del caso preciso de venta de numero determinado, de monton cierto, y en los terminos en que proceden el P. Oñate, y los demas, y aun siendo mas terminante para esta doctrina el §. *sed Et si ex doliario*, y la ley 5. §. 1. de peric. & comm. rei venditæ, nos lo trae para comprobarla, argumento seguro de que no procede en estos terminos, sino que habla de una venta de genero subalterno, de cuya calidad, y designacion del monton no consta, sobre que me remito à lo dicho en el citado §. *Sed*, y à lo que dirè despues, y finalmente, que en esto habló el Author *per transcenam*, y no *ex professo*, como los demas, porque no era este el assumpto de su empeño.

CONCUERDASE AL P. OÑATE,

Ubi supra n. 231. cum n.

234. versic. quando.

Dice

Dice este Author en el num. 231. *Si rex ad mensuram veniat, hoc est, tot mensure, vel pondera, vel talis numerus indeterminatè sive de certo, & assignato corpore, sive de quocumque vage, usque ad mensurationem, periculum & commodum rei emptæ, venditoris est*; donde se ha de notar el certo, & assignato corpore, para compararlo en el num. 234. versic. *quando, ibi: quando res ad mensuram venit, sed ex certo toto, v. g. dua oves de grege, due amphore de dolio, si omnes pereant, due dite pereunt emptori*: parece clara la contradiccion, porque en el primer num. *periculum est venditoris*, y en el segundo, *pereunt emptori*.

Concuerdanse respondiendole, que en el num. 231. habla del daño que sobrevino al todo en parte, y en el versic. *quando*, del daño en que se perdió el todo, de que se havia vendido parte, que es la doctrina del mismo Author, y de los que cita, pues como queda dicho en el primer fundamento, quando antes de la mensura, se pierde parte del todo vendido, perece al vendedor la parte perdida, quedando obligado à entregar al comprador la parte vendida, y de este modo se concuerdan uno, y otro lugar, porque de lo contrario fueran opuestas la 5. y la 6. conclusion de este Author, que están en los citados numeros; con la reflexion de que el versic. *quando* es ampliacion de la conclusion 6. del num. 234. remitome tambien à lo que dirè despues.

EXPONESE LA LEY 24.

tit. 5. partida 5.

HAVIASE dicho en la ley 23. antecedente, que perfecto el contrato de venta, pertenece al comprador el provecho, ò daño de la cosa vendida, y en esta dice el legislador, que hay cosas en que esto no sucede, porque si son de aquellas, que se gustan antes de comprarse, y se venden por peso, ò por medida, y se perdiessen, ò empeorassen, antes de ser gustadas pessadas, ò medidas, *estonce sería el peligro del vendedor, è non del comprador, maguer fuessen*
am-

ambos avenidos en el precio, pero que despues de gustadas, pessadas, ò medidas pertenece el peligro al comprador, quedando decidida la question antigua, sobre si es necessario gustar, y medir *simul* las cosas gustables, que se venden *ad mensuram*, ò si basta solo gustarlas, ò medir las de qua P. Molina disp. 366. num. 8. Vinio, y otros. Que esta especie, sea venta de genero subalterno, ella misma lo dice, y el Señor Gregorio Lopes, en la gloss. 1. *ibi intellige, quando venditur in genere subalterno*, y lo mismo Hermoss, gloss. 1. num. 2. por lo que su concordante de el derecho civil, es la segunda especie del §. *in his versic. quod si vinum*, pero no se habla en este texto de la venta que se hace de num. cierto, de monton cierto, y determinado, que pereció todo, que es nuestra especie.

Passa la ley mas adelante (*retenta eadem specie* de venta *ad mensuram* de genero subalterno) y dice, que si se aviniessen el vendedor, y el comprador en el precio, y señalassen dia paraque la cosa vendida, se midiesse, si el comprador no viniesse al dia señalado, y despues de este se perdiessen, ò menoscabasse la cosa, el peligro seria del comprador, y que si no señalassen dia, puede el vendedor reconvenir al comprador delante de testigos paraque vaya à medir, y si no lo hiciere desde entonces corre el peligro el comprador, puede vender la misma especie à otro si quisiere por cuenta de este, y si fuere vino derramarlo, midiendolo primero, para saberse quanta es la cantidad.

Nada de esto conduce al caso presente, porque no estamos en los terminos de la ley, sino de una venta de cantidad cierta, de todo cierto, y determinado, cuya mensura no es necessaria, ni aun para la translacion del dominio, pues como queda dicho *sufficit apostio custodis*, paraque haya tradicion capaz de transferirlo.

Pero aun quando no estubiessemos en terminos tan precisos, tampoco se adaptaria esta ley, porque esta procede como todas las demas concordantes del derecho comun, quando solo se tratò de la venta, y no se passò à la

la tradicion, pero en el caso presente, no solo quedò perfecto el contrato en razon del peligro, sinò se pasó al acto de la tradicion de parte del vendedor, dandole la libranza al comprador, para que se le entregassen las 200. fanegas en aquel mismo dia, porque las libranzas son puras, *Et quod pure debetur, statim debetur* ad text. in §. *Omnis stipulatio* instit. de verb. oblig. ibi, *id que confestim peti potest*; con que estariamos en el caso de haverse señalado dia para la tradicion que es el mismo de la fecha de la libranza, en virtud de la qual, pudo el comprador pedir *statim* las 200. fanegas, y que no haviendolas pedido *statim*, entra la decission de la ley, de que si el comprador no viniessse aquel dia que señalaron, è despues de esto se perdiessse, ò menoscabassse, entonces seria el peligro del comprador.

Y porque no se dude que la libranza es tradicion de las 200. fanegas vendidas, vease à Donello en el lib. 4. cap. 17. en el versic. *traddere*, final: allí explica la tradicion de varios modos: el primero *traddere*, *est rem cedere alteri*, el segundo *facere ut possidere, aut tenere possit is, apud quem, eius rei possessio non fuit*, el tercero, y mejor, *facere alteri potestatem capiendi, tenendi quæ eius, cuius ille deinde pro ea potestate, si velit nansiscatur*, y prosigue que no solo se entiende tradicion, la que es translacion de mano à mano; porque las cosas inmuebles, no se entregan asì, y con todo, ledà en ellas verdadera tradicion: y despues concluye *atque hæc permissio verè Et proprie traditio dicitur*.

Quien podrá dudar que la libranza es una cession que se hace al comprador de las 200. fanegas? quien negará que por la libranza hace el vendedor que pueda tener el comprador la possession que antes no tenia de las 200. fanegas? y quien dexará de conceder que por una libranza pura se le dà potestad al comprador para que desde aquel dia *possessionem nansiscatur*: luego si la libranza es permission, y aun mandato, *Et hæc permissio verè Et proprie traditio dicitur*; no solo està señalado el dia pa-

ra la entrega, sinò empestada en aquel mismo dia, que se diò la libranza.

Digo empestada, porque la tradicion se compone de dos partes, de la del vendedor es la permission, de la del comprador es la accepcion, y por esso dice este Author *hec permissio, traditionis illius tantum pars est*, (esto es *si traditionem intelligimus ex effectu*, como yà havia dicho,) *nec prius perficitur ea traditio, quam sit is, qui traditum accipiat*, y passa al cap. 18. à que de parte de uno, y otro hà de haver consentimiento, correlativo, en uno de dár, y en otro de recibir: conque poniendose por la libranza la permission del vendedor, y por la del comprador, el requerimiento con ella al Bodeguero, la accepcion de este, y el contento del comprador, de que se queden en el montón à custodia, y guarda del Bodeguero, sin hacer en aquel dia la medida, porque no quiere hacerla, y se contenta conseguir la fee del guarda; no se puede negar que por el comprador quedò la separacion, y mensura de las 200. fanegas vendidas: porque haviendole dado potestad para que las separasse en aquel dia, no lo hizo, y se contentò conque quedassen mezcladas las unas con las otras, *nam si suas cuiusque velent manere, multo id certius, & melius consequi potuerunt eas separatas habendo*, como se hà dicho antes.

Compruebase esto eficazmente con nuestra misma ley, porque quando no se pone, y señala dia en el contrato para la mensura, puede (ò deba) el vendedor afrontar, y requerir al comprador para que baya à hacer la mensura, y si no la hace desde entonces corre el peligro por el comprador; y porquè? porque desde aquel instante se constituye el comprador en mora, no passando à la mensura, pues de parte del vendedor està empestada la tradicion con la potestad que le diò para medir, y recibir, y si el no lo hace, por el queda: luego si en nuestro caso libra el vendedor puramente, y para que *statim* se haga la mensura, y entrega, y por parte del comprador queda el que
no

no se haga, el es, el que està en mora; es texto expreso la ley *si per emptorem steterit* 5. ff. de peric. & comm. rei venditæ, y finò, digale por quien queda?

Buelto à Donell: la tradicion se compone de dos partes, la una es la permission del vendedor, *hac permissio traditionis illius, tantum pars est*: la otra es la accpcion del comprador, *traditum accipiat*, de que depende la perfeccion, *nec prius perficitur*: pues si el vendedor puso de su parte el principio de la tradicion, que es la libranza, en que permite al comprador la possession, por quien queda la perfeccion de la tradicion, finò por el comprador que de su parte no puso lo que faltaba para perfeccionarla? y justamente se quejara el vendedor diciendo, *quid ultra debui facere, & non feci?*

En la ley *hac venditio* 7. ff. de contrah. empt. dice Ulpiano *hac venditio servi, si rationes Domini, computassent arbitrio, conditionalis est*, que se hà de purificar quando la condicion se cumpla, passa al fin del texto, y dice, *si igitur rationes potuit accipere, nec accepit, impleta conditio emptionis est, & ex empto, venditor conveniri potest*.

El mismo Ulpiano en la ley 50. *eodem titulo*, propone otra especie semejante de uno que comprò una Bibliotheca baxo de la condicion si los Decuriones de Campania le vendiesen lugar donde ponerla, y dice el Jurisconsulto, que si por el comprador quedò pedir el lugar, lo tiene la accion *ex vendito, quasi impleta conditione, cum per emptorem stet quo minus impleatur*, y allì Fabio *in omnibus causis pro facto accipitur, id, quod per aliquem mora fit, quominus fiat*, con la ley *in omnibus* 39. y la ley *in jure civili* 161. ff. de reg. jur.

La aplicacion de estos textos à la doctrina es clara, porque si el vendedor de su parte diò principio à la tradicion por la potestad que le concediò para tomar la possession, *si potuit accipere, nec accepit, impleta conditio traditionis est, cum per emptorem stet, quominus impleatur*, y se debe tener por efectuada la possession, porque *in omnibus*

his causis pro facto accipitur id, quod per aliquem mora fit; quominus fiat.

Debenfe notar à este mismo fin dos lugares de Fabro: el primero en el §. *in his, circa finem* verc. *in summa*, donde dice que la condicion de que habla el Jurisconsulto Cajo, no es verdadera condicion, sino cierta dilacion que por naturaleza de la cosa, suspende la fuerza, y perfeccion de la compra, y assi nota el *quasi*, assi de este §. como de la ley 4. de peric. & comm. rei vendit. y dà la razon, *cum stet per venditorem, quominus statim fiat mensuratio; aut saltem in mora emptor constituatur metiendi, sibi imputet, si non fecerit quod facere debuit, ut eo periculo se liberaret.*

De suerte que el peligro lo pone en el vendedor, por que pudiendo hacer *statim* la mensura, ò constituir en mora al comprador sino media, no lo hizo para exonerarse del peligro; luego si el vendedor quando le dà la libranza, le dà facultad para que *statim* mida, y por el comprador queda el no hacerse *statim* la mensura, porque se contenta, con que quede à cargo del Bodeguero en el mismo monton; assi como no se le pudiera imputar el que *non fecit, quod facere debuit, ut eo periculo se exoneraret*, assi tambien se debe tener por completa la tradicion *quo ad utramque partem*, porque no estubo de parte del vendedor, que el comprador no perfeccionasse la tradicion, que yà estava empestada.

El segundo lugar es en la ley *qui officij* 62. §. *res. 2.* de contrah. empt. versic. *cur, post medium*: pregunta, por que el peligro de la cosa vendida *per aversionem*, aun antes de la asignacion, pertenece al comprador? y responde, porque assi como quando no es necessaria asignacion alguna, puede el comprador facilmente eximirse del peligro, constituyendo en mora al vendedor, entregando el precio, ò satisfaciendole de otro modo; assi tambien quando es necessaria asignacion, puede con la misma facilidad, precissar al vendedor à la asignacion, y tradicion, transfiriendole el peligro; *quia sicuti cum nulla assignatio necessaria est,*

est, facile potest emptor, eximere se periculo constituendo venditorem in mora traddendi per oblationem pretij, aut per aliam satisfactionem: ita & cum assignatio est necessaria, potest emptor eadem facilitate urgere venditorem, ut rem assignet, & assignatam traddat, & ita periculum in venditorem transferat. Y como comprador, y vendedor son correlativos, y deben medirse por una misma regla, así como el comprador puede constituyr en mora al vendedor, porque no le entrega, el vendedor constituye en mora al comprador, porque entregandole no recibe, y como por la libranza le dà facultad para que reciba, y aprehenda, y por el comprador queda la aprehencion, se entiende consumada la tradicion.

A dos fines conducen estas doctrinas, à tradicion, y peligro: à la tradicion, porque constituyendose en mora el comprador, porque no recibe lo que puede recibir *statim* en virtud de la libranza, se debe tener por hecha, y perfecta la tradicion, aun quando no hubiesse la reconvention al Bodeguero, y la acceptacion de este, por la que se constituye guarda, lo que hace verdadera tradicion como dice Donelo: al peligro porque aun quando no estubiessemos en estos terminos, y fuesse una venta *ad mensuram* de cantidad indeterminada, corriera el peligro el comprador, por la mora en que se havia constituydo, como dice Fabro en el citado §. *in his* por estas palabras: *ergo interim periculum, venditoris esse debet, non emptoris, nisi emptor in mora fuerit nam hoc casu periculum transfertur in emptorem, ut in contrario casu, de venditore diximus.*

Toda esta doctrina es literal, y conforme à la ley 2. C. de peric. & comm. rei venditæ, donde tratandose de una venta de vino, hecha *ad mensuram*, supuesta la degustacion, responde Alexandro, que todo el peligro pertenece al vendedor, menos si el comprador estubo en mora, para que no se hiciesse la mensura; *periculum (dice) vini mutati, emptoris, qui moram mensura faciendæ non interposuit, non fuit.*

Replican à esto que los Bodegueros no pueden hacer estas separaciones, ni aun despachar los trigos, porque no tienen mulas bastantes, y que aun fuè menester, que en dias de fiesta se cargasse el trigo con dispenza del ordinario, y que asì no està por ellos la separacion, ni puede imputarseles la mora: pero en esta parte estàn convencidos en los Autos mathematicamente; porque segun el ultimo computo que hizo el Cavildo, la Ciudad consume 345. fanegas cada dia, que hacen al año 1258925. Antes del Terremoto estaban corrientes 365. mulas, que podian cargar 730. fanegas cada dia, que en 283. vtilis, deducidos los de fiesta, hacen 2068590. fanegas: conque se podian conducir mas de las necessarias 808664. que hacen 93. mulas de sobra por dia, para el acarreto del cebo, y sobran todavia muchas mulas, fuera de las de los Arrieros, y fuera tambien del trigo criollo, que entra en el consumo de las 1258. Anegas: vease ahora como podria estàr la mora de parte de los Bodegueros, quando tienen mulas de sobra, y solo les falta carga.

Pero, demosles de gracia, que estubiesse por los Bodegueros la no remicion: yo diria que esto pertenecia al segundo contrato de locacion, y conduccion, pero para el de compra, y venta, quien le impide al comprador, el que en el mismo dia de la libranza, haga medir las 200. fanegas que se le libran? no el vendedor, porque antes manda que se le entreguen: no el Bodeguero, porque ni lo reciste, ni puede recistir, porque *tandem tandem* las hà de medir, y entregar: luego queda por el comprador, que las dà por medidas, y separadas, contentandose conque queden en el monton pro indiviso.

Es muy à este proposito, la doctrina del Eminentissimo Carden de Luca de credit. & debit. discurs. 23. propone en el que unos Mercaderes de Leon, remitieron muchas mercaderias à Geronymo de Pissis: este quebrò, y unas de las mercaderias remitidas, estaban confundidas con otras, y otras aun existian en la Aduana, en sus fardos ò

Pacas, y sobre estas recaya la pretencion de los Mercaderes Lugdunenses, porque decian que no se havia transferido el dominio, porque no havia llegado el caso de la tradicion, esto es la accepcion, y possession de parte del comprador, y solo havia el acto de la remission de los Mercaderes, y funda en los num. 9. y 10. que por sola la remission hecha por estos Mercaderes à Roma, havia verdadera tradicion, estando tambien al uso de los Mercaderes: *ibi de stricto autem juris rigore, ac etiam admixto ipso mercatorum usu, dicendum videbatur, quod ab ipso instanti, quo ipsi met venditores, sarsinas composuerunt, ac nauti, vel mulioni traddiderunt, translatum esset dominium, in hunc mercatorem, urbis emptorem, cuius fuisset, periculum in itinere; id que ea ratione, quod scilicet in ipso venditore transmitente merces, corresponsali existenti in altera civitate ex eius comitione, intret illa personarum multiplicatio, quod scilicet ita duplicem gerat personam, unam nempe venditoris, & alteram mandatarij emptoris cuius vice, & nomine recipit à se ipso mercium traditionem, ac mensurationem, & ponderationem, seu numerationem, statuto pretio, quod in libris, ac etiam in epistolis responsivis adnotatur, & consequenter, ex tunc secuta censseatur vera & perfecta traditio cum translatione dominij, eius que effectibus, vel sequelis, tam circa periculum in itinere, quam circa augmentum, vel Decretum pretij:*

Mas amplia es esta doctrina que la de Donelo, por que aqui basta solo la remission del corresponsal à pedimento del Mercader, para que se induzca juridica, y equitativamente un poder, y mandato para recibir de si mismo, lo que en qualquier contrato, y en los terminos de Donelo, puede tambien inducirse, para que con solo el acto de la permission, *secuta censseatur vera & perfecta traditio cum translatione dominij*, tomando la possession de si mismo, por el constituto que resulta del consentimiento del vendedor, de que queden las 200. fanegas vendidas, juntas con las 800. no vendidas, pues basta para la

tra-

tradicion el constituto, iuxta hermost. gloss. 2. n. 6. ley 24. tit. 5. partida 5. pues quanto mejor en nuestro caso? en que el vendedor libra, y permite la possession, el comprador requiere, el Bodeguero acepta, y se contenta con no medir, ni separar el trigo, hasta que llegue el tiempo de perfeccionar el segundo contrato de locacion, y conduccion.

De otro modo: que otra cosa es la remission de Leon à Roma, que poner por su parte los vendedores las mercaderias en estado de que aprehenda la possession de ellas el Mercader de Roma? y que es la libranza, sino darle potestad al comprador, para que tome possession del trigo? solo hay una diferencia, que la remision desde Leon à Roma en bebe tiempo para que las mercaderias lleguen, ad text. in §, *loca* instit. de verb. obligat: pero la libranza que se hacia en el Callao, no tenia tiempo, porque alli estaban los trigos, y *statim mensurari poterant*: pues si sola la potestad, y permission, aun con tan dilatado tiempo en bebido, hace verdadera, y perfecta tradicion, *cum translatione dominij*; como una permission, y potestad pura è instantanea, no hà de producir lo mismo, y constituir en mora al comprador, que no quiso hacer *statim* la separacion? ad text. in leg. *si per emptorem* de peric. & comm. rei venditæ, & in leg. 2. C. eodem.

Por todas estas razones, no es aplicable à este caso la disposicion de esta ley de partida, para que quando no se pone dia, pueda el vendedor reconvenir al comprador para que vaya à medir la cosa vendida, porque con efecto se señalò en el mismo dia de la libranza, y porque la ley no dice que *el vendedor debe facer à fruenta al comprador, sino que puede*, y este es consejo, y no obligacion, fundase literalmente en la ley 1. §. *licet* 2. ff. de peric. & comm. rei venditæ, donde el Jurisconsulto Ulpiano dice, que si el vendedor que pudo derramar el vino, no lo derramò, serà digno de alabanza; *ibi si tamem cum possit effundere; non effudit; laudandus est potius.*

Tam-

Tampoco entra la doctrina de Hermos. en la glos. 2. de la ley citada num. 51. y del Card. Thufco lit. V. conclus. 49. num. 24. Taria ubi supra num. 21. de que quando no se pone dia, se entienden 60. porque no està la materia en estos terminos, como queda dicho, pues por ser pura la libranza, se señala el mismo dia de ella.

De las cosas que se gustan, y se venden *ad mensuram*, passa la ley à las que solo se venden à peso, ò medida, y dice asì, *mas si la vendida fuesse fecha de oro, ò de plata, ò de civera, ò de otra cosa semejante, que se suele vender à peso, ò à medida tan solamente, estonce decimos, que si peligrò alguno acaesiesse en aquella cosa perdiendose toda, ò parte de ella ante que sea pessada, ò medida es del vendedor el peligro; ita P. Molina d. disp. 366. num. 8.*

Esta venta es asimismo de genero subalterno, por que solo se distingue de la primera especie, en que las cosas de aquella, *hàn los omes por costumbre de gustar*, y estas se suelen vender à peso, ò medida tan solamente, y asì los dos Glossadores entienden esta ley: y Hermos. glos. 1. num. 2. pone el exemplo: *ibi utputa si vendantur tot amphore vini ex aliquo loco destinato, vel ex eo, quod collectum fuit tali anno.*

Pero se excediò Hermos. en el exemplo, porque añade el *tot amphore vini ex aliquo loco destinato*, y la ley no dice esto, sino asì: *mas si la vendida fuesse fecha de oro, ò de plata, ò de civera*, que es una proposicion indefinida, que equivale à universal, y asì es, y se debe entender la venta de todo el oro, toda la plata, ò toda la civera vendida *ad mensuram*, que es la segunda especie del §. *in his*; en cuyo caso si el peligro acaesiesse en aquella cosa, perdiendose toda, ò parte de ella, ante que sea pessada, ò medida es del vendedor el peligro, y de esta suerte està conforme el derecho real, con el comun, sin que en estas decisiones entre, ni se pueda adaptar el caso de que se trata, porque no es de todo vendido *ad mensuram*,

fino de parte de monton cierto, y determinado.

Concluye la ley diciendo, que si se abarataffen, ò encareciesen las cosas de aquella especie, el *pro*, ò el *daño* sería tan solamente del comprador, distinguiendo así entre peligro, y peligro, daño, y daño: el peligro en la misma especie vendida, pertenece al vendedor, pero el aumento, ò diminucion de precio, pertenece al comprador: de suerte, que una cosa es que la cosa *fiat vilior*, y otra, que *fiat deterior*, que es el error 8. que notò Fabro en la decada 16. num. 2. y así la *hyperroca*, ò plurivalencia, solo pertenece al comprador.

Y para recopilar en mas breves terminos la decission es la siguiente: el peligro de la cosa vendida perfecto el contrato pertenece al comprador antes de la tradicion.

El peligro de las cosas, que se gustan vendidas de esta suerte: vendo todo el vino, jengibre, ò canela, que hay en tal Bodega, ò Almacen, à tanto cada arroba, ò cada medida, pertenece al vendedor antes que se guste, mida, ò pese, y despues de gustadas, ò pesadas, pertenece al comprador

Si hecho el contrato de esta suerte, se señaló dia para la degustacion, ò mensura, hasta aquel dia, es el peligro del vendedor, y despues es del comprador.

Si no se señaló dia para gustar, pesar, ò medir, puede el vendedor afrontar, ò requerir al comprador para que vaya à gustar, ò medir, y si no lo hiciere, corre el peligro el comprador desde aquel dia,

Y en este caso puede el vendedor, vender de cuenta del comprador la cosa; y si se vende en mas, el aumento, cede à beneficio del comprador, y si en menos, està obligado este, à integrarle al vendedor aquello que falta

Y si el vendedor à menester los vasos en que estava el vino, puede alquilar à costa del comprador otros, que suplen por los suyos, y si no los hallare, puede derramar el vino, midiendolo primero para justificar quanto es lo que le debe el comprador: è lo que decimos en esta ley, ha
lugar

lugar en todas las cosas que los omes han costumbre de gustar, ò de medir, ò de pesar.

Mas si la venta fue hecha de aquellas cosas que no se gustan, sino solo se miden, ò pessen, como oro, plata, trigo, (que esso es civera) vendiendose estas *ad mensuram* en genero subalterno, pero todo el trigo que hay en tal Era, Troxe, ò Bodega, à tanto cada fanega, perdiendose en todo, ò en parte antes de pessarse, ò medirse, el peligro es del vendedor.

Y finalmente el aumento ò diminucion del precio, aun antes de la mensura ò pesso, pertenece al comprador.

Estas son todas las especies de la ley conforme à su contexto, à lo que sobre ella dicen sus Glossadores, y lo dispuesto por el derecho comun, y en ninguna de todas ellas, se encuentra el caso presente, porque para aplicarla, es menester mudarle el sentido juridico, y sacarla de sus propios quicios, y de la venta de un todo *ad mensuram*, hacer venta de numero cierto, y de todo cierto, y determinado, y esto no lo admiten las palabras de la ley; porque como queda dicho, assi en las cosas que se gustan, como en las que no se gustan, habla indefinidamente, y por consiguiente equivale à una venta universal, que dice un todo.

Pero para convencer esto con mas eficacia se hà de hàcer con la misma ley: dice esta que *si por aventura non fallasse vasos Alogueros, è aquello que hoviesse vendido, fuesse de tal cosa, que hoviesse de coger otro fruto à tal como aquel, è non lo hoviesse en que meter, assi como vino, ò otra cosa semejante, estonce puede hechar en la calle, ò en la carrera publica, aquello, que assi hoviesse vendido, pessandolo, ò midiendolo primeramente, hechandolo assi de fuera: pregunto ahora; si puede arrojar el vino, para que es la medida? porque si se vendieron como dice Hermosi. *tot. Amphora vini ex tali dolio*, en derramando toda la tinaja, se derramaban las Amphoras vendidas, y pues era numero cierto el vendido, yà se sabia, lo que debia el comprador, y assi era ociosa la mensura: luego si se manda medir pa-*

ra arrojarfe, es señal de que se vendió el todo del vino *ad mensuram*, y para certificar, y liquidar el debito del comprador, se hace la mensura, aunque se arroje el vino.

Esta inteligencia es textual, y literal de la ley 1. §. *si doliare* 4. ff. de peric. & comm. rei venditæ: no necessita de explicarse, sinò de leerse: dice assi: *si doliare vinum emeris, nec de traddendo eo, quidquam convenerit, id videtur actum, ut ante evacuarentur, quam ad vindemiam, opera eorum futura sit necessaria; quod si non sint evacuata, faciendum quod veteres putaverunt, per corbem venditorum mensuram facere, & effundere*: aqui entra lo puntual. *Veteres enim hoc propter mensuram suaserunt, si quanta mensura esset, non appareat, videlicet, ut appareret, quantum emptori vini perierit*: conque si en la especie de nuestra ley, se manda arrojar el vino medido, es, porque *non apparet quanta sit mensura*, y porque no aparece quanto es el vino que perece al comprador: *sed ita* es que *quando venduntur tot Amphora vini* se sabe aun antes de medirse, que son essas tantas, y tambien se sabe quanto es lo que le perece al comprador, porque es numero cierto, y determinado: luego el mandarse hacer la mensura en la ley, es porque supone vendido, un todo determinado, de incierta, è indeterminada mensura, cuya cantidad se havia de determinar por la medida, para que apareciesen aun tiempo los dos requisitos, que requiere el contrato para su perfeccion en quanto al peligro, esto es *quantum, & pretium*, como que este depende de la cantidad.

Esto mismo se comprueba con la ley *si in emptione* §. *alia* ff. de contrah. empt. tambien es literal. *alia causa est degustandi, alia metiendi, gnstus enim ad hoc proficit, ut improbare liceat, mensura vero, non eo proficit, ut aut plus, aut minus veniat, sed ut appareat quantum ematur*; y aqui Fabro, *proficit mensura; ut appareat quantum ematur; id est quanta sit quantitas vini quod venditum fuit*, y mejor Gibalino lib. 1. cap. 7. num. 10. de negotiat. ibi *adque, ut sciatur vino ad mensuram vendito quantum*
emp.

emptori perierit, qui pro eo, quo ad mensum fuerit, pretium debet, mensuram, ut veteres juris consulti tradiderunt facere, ad vel per corbem potest, y mas claro Xpt. Torniola en el consejo 7. num. 3. ibi duobus modis & respectibus, potest dici venditio facta esse ad mensuram: primo respectu rei, ut scilicet sciamus, quid, & quantum veniat: altero respectu pretij ut sciamus an si amplior reperiatur modus mensure, quam dictum sit.

Persuadese esto mismo raciosinando con las mismas dos leyes, y destruyendo el fundamento contrario, con que se intenta persuadir, que el requisito *quantum*, mira à la separacion del trigo por la mensura, y à que por ella sea una cantidad, circumscrip̃ta à ciertos terminos, y diferencias, de modo, que venga à reducir à venta de especie, porque entonces es quando verdaderamente se puede decir que *apparet quantum*, esto es que aparece, se distingue, se percibe: aquel *quanto* distintamente, y sin confusion de otro.

Pruebase lo primero con el §. *alia*, dice Paulo *mensura vero non eo proficit, ut aut plus, aut minus veneat, sed ut appareat quantum ematur*, no sirve la mensura para que sea mas, ò menos lo que se vende, sino para que aparesca quanto es lo que se compra: pues pregunto, el monton de trigo, que se vendiò *ad mensuram*, no estaba separado? no era un todo determinado? no estaba circunscrip̃to à ciertas diferencias? no estaba distinguido de otros montones? no hay duda: pregunto mas, porquè se mida todo esse monton, se hace monton diverso? adquiere nueva separacion? nueva circunscrip̃cion, ni distincion? tambien es cierto que no; porque es el mismo antes que despues de medido: luego el *ut appareat quantum ematur*, no es, ni puede entenderse para que aparesca separado, distinto, y circunscrip̃to à ciertas diferencias, sino para que aparesca el quanto por donde se ha de medir el precio del todo como dicen Gibalino, y Torniola.

Pruebase con el §. *si doliare*: por esso aconsejaron los

II. CC. que quando se 'huviesse de arrojar el vino de un todo vendido *ad mensuram*, debia hacerse la mensura antes de arrojarse; *ut appareat quantum emptori vini perierit*; pues pregunto, derramado el vino, aparecerà el quanto? allí estará circumscrip̃ta à ciertas diferencias la cantidad? se perderà esta, porque en el mismo lugar que se derramò, se derramen otras de vino, agua, ò vinagre? de ninguna suerte: luego el *quantum* se entiende precisamente para que aparesca la cantidad vendida, esto es para que conste quanto era el vino que se havia vendido, y quanto era lo que se debia, por razon del precio correspondiente à cada medida.

Compruebale mas con la ley *qui fundum* 40. §. *qui agrum* 2. ff. de contrah. empt. propone Paulo, que uno vendiò un fondo diciendo, que tenia 18. fanegadas, y que lo que se midiessse se le havia de pagar à cierto precio, por cada fanegada: midiòse, y se hallaron 20. y responde, que por 20. se debe el precio: entra Fabro, à exponer esta ley, y dice, que aquellas dos fanegadas mas, que se hallaron, no pueden quedar no vendidas, porque esso fuera quedar en comunidad el fundo, y assi se deben pagar al precio estipulado, como del mismo modo se disminuirià el precio, si se hallassen menos de las 18. porque la mensura solo sirve de descubrir el mas, ò menos precio en que se hizo la venta, ibi *similiter è contrario, si minus in mensura invenitur, quam dictum sit, pretium minui oportet; mensura enim, illa est que facit, ut plus minus ve emptum, & venditum intelligatur*, y cita la ley *si in emptione* §. *alia causa*, donde havia dicho el mismo que se debia proponer la especie de vino vendido, no *per aversionem*, & *uno pretio*, porque entonces no era necessaria la mensura para determinarlo, y que la mensura sirve de determinar el precio.

Compruebale mas con otra eficaz reflexion, pongamos, que se vendiò la mitad de un monton de trigo de incierto numero de fanegas en un precio; esta venta ninguno negarà, que es *per aversionem*, porque essa es la especie del
§.

§. *in his*, porque haviendose vendido en un precio toda la mitad, están puestos todos los constitutivos de la venta *per aversionem* que son un precio, y toda la mitad, y no se puede decir que es *ad mensuram*, porque no se distribuyó el precio en cada fanega: pregunto ahora, para separar, y dividir este trigo, y dár la mitad vendida al comprador, quedándose el vendedor con la otra mitad, no es preciso, que se mida el todo, porque de otro modo no se puede dár la mitad, sino se sabe quanto es el todo? no hay duda: y por esta mensura que es necesaria correrá el peligro el vendedor, mientras no se hace? yá se ve, que ninguno lo concederá, porque es propio de la venta *per aversionem*, que el peligro lo corra el comprador; pues porque en este caso no queda imperfecto el contrato, y el peligro por el vendedor hasta la mensura, separacion, y distincion? por que? porque desde el principio del contrato, apareció el precio, y no es necesario, que la mensura lo determine, y el *quanto* yá se sabe que es la mitad, aunque no aparesca separado, y los dos, comprador, y vendedor saben, que todo el monton es suyo por mitad, aunque no puedan designar los granos, que tocan à cada uno, mientras no se llega à la division.

No entra en esta especie el §. *sed & si ex doliario* por que aunque allí se trata de parte del vino vendido, es con cierto numero de metretas, *pars vini venierit, veluti metrete centum*, y así aunque se ponga solo un precio, como es numero cierto, y determinado el de las 100. no es *per aversionem*, sino *ad mensuram*, y lo mismo que si se huviese puesto à cada metreta de por sí: *itaque* (dice Fabro) *non aversione facta fuerat venditio, sed ad mensuram, per inde ac si in singulas Amphoras pretium constitutum esset*, y esto no sucede en la hypotesi propuesta, porque la mitad se vendió *per aversionem*, à ojo, sin traer à consideracion mensura, sino tenga lo que tubiere el monton, la mitad se vende por tanto: demás de que como queda dicho en la explicacion de este §. nono se trata en el de un todo deter-

determinado, de cuya qualidad constaba, porque havia muchos dolios en el doliario, y es de las especies que fuera de la medida, necessitan de la degustacion, por lo que añadió Fabro el *maxime si degustanda vina fuerint* que es la qualidad, aunque no hà faltado alguno que diga que es venta *ad mensuram* sobre que dirè despues.

Y volviendo de esta digresion al pensamiento principal de que ibamos hablando, cerca de la ley de partida, y à la exposicion de Fabro en el §. *alia* dice este *ponendum enim est, fuisse venditum vinum, non averseione, id est in univ-erso, in aggere, Et uno pretio, sed constituto in singulas Amphoras, seu mensuras, ut in leg. proxima §. in his, qui locus, cum hoc §. coniungendus est*, y en el §. *si doliare* dice que esse texto se hà de juntar con este: de fuerte que el §. *si doliare*, el §. *alia*, y el §. *in his* versic. *quod si vinum* contienen vna misma especie, en quanto à que es un todo vendido *ad mensuram*, cuya cantidad no aparece, por lo qual quando se hà de derramar, es preciso que se mida, *ut appareat quantum emptori vini perierit*: conque hallandose en la ley de partida la misma providencia, de que se haya de medir el vino para derramarse, es preciso que se entienda que la especie, y caso, en que procede esta ley, es, en el de venderse un todo determinado de cantidad indeterminada.

Esto à mi corto juicio, me parece tan eficaz, que no alcanzo como se pueda adaptar esta ley, como terminante al caso presente, pues en ninguna de sus especies, se encuentra la de que se trata, y mucho mas si se trae à consideracion la ley siguiente, que habla de la venta *per averseionem*, ò *ad corpus*, manifestandose de esto que así como en el §. *in his*, se juntaron las dos especies de venta *per averseionem*, y venta *ad mensuram* de un todo determinado de cantidad indeterminada, poniendose solo la diferencia entre quando el precio es uno por el todo, y quando se distribuye en cada medida; así tambien nuestro legislador invirtiendo solo el orden, puso en estas dos leyes las dos espe.

especies de ventas cerca de un todo determinado: en la 24. la venta de un todo determinado *ad mensuram*, y en la 25. esse mismo todo vendido *per aversionem*, & *uno pretio*, de cuyas especies *toto caelo distat* la presente question, por que en las de la ley, quando mas *apparet quid*, & *quale*, pero no *quantum*, & *quale*, pero no *quantum*, & *pretium*, y en nuestra especie aparecen todos quatro requisitos allí es un todo, y aquí un numero.

EXPLICASE, Y VINDICASE A BALDO,

en la ley sicut 12. C. de act.

empt. & vend.

LA opinion de Baldo, que Rosa, Manso, y casi todos exponen; la reprueban Ansaldo, y otros: yo diria, que ni se debe reprobear, ni seguir en lo absoluto, esto es, que qualquier cuerpo vendido *ad mensuram*, quando la venta se empieza por el cuerpo, se entiende hecha *ad corpus*, porque el numero de amphoras v. g. *qui est in dolio, vel vegete*, es cierto *in se*, y *sciri potest per artem geometricam*, aunque para nosotros sea incierto, como las condiciones *quæ ad presens vel præteritum tempus referuntur*, que *statim* producen, ò infirman la obligacion, sin suspenderla, porque *quæ natura sunt certa, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint*.

La doctrina contrahida à la hypotesi de Baldo, que es todo el vino, *quod est in vegete, vel dolio*, à tanto cada amphora, es bien fundada, si se derrama el dolio, pipa, ò bafija, quedando integra, y capaz de que pueda medirse; porque no cabiendo mas, ni menos en su vientre, lo mismo es que se mida de un modo, que de otro, esto es, ò *naturaliter*, ò *per artem*; ò por mejor decir ya està medido, pues una tinaja que mide diez amphoras v. g. es lo mismo, que diez amphoras vendidas: y como lo mismo es vender diez amphoras en cinquenta pesos, que una tinaja que mide diez amphoras, à cinco pesos cada amphora, dice muy bien Baldo, que entonces lo mismo es, que

si la venta fuese *ad corpus*, porque puede certificarse el precio, por la medida posterior de la bafija.

Y si no supongamos, que yo tengo una amphora de vino; es cierto, que una amphora tiene 576. cyathos P. Gibalino lib. 1. cap. 6. art. 3. num. 11. si yo dijese vendote el vino que hay en esta bafija, à un ochavo por cada cyatho, diríamos, que era venta *ad mensuram*? de ninguna fuerte; porque se sabe por la calculacion, que una amphora tiene 576. cyathos, que aun ochavo cada uno, vale toda la amphora nueve pessos, y fuera lo mismo, vender aquella amphora como especie, ò *ad corpus* en nueve pessos, que vender los cyathos que tiene, à un ochavo cada cyatho: pues que diferencia racional se puede dar, entre una bafija, que mide diez amphoras, y una amphora, que mida 576. cyathos?

El culeo entre los Romanos contenia 20. amphoras, pues si un dolio, ò una tinaja, mide veinte amphoras, y este se vende à cierto precio cada amphora; porque diremos que esta es venta *ad mensuram*, quando ya està medido el vino por la bafija que mide 20. amphoras, y no pueden ser mas, ni menos? y porque no será lo mismo vender las amphoras que tubiere el culeo à 9. ps. que vender el mismo culeo por 180. ps. si medidas, ò no medidas siempre son 20. amphoras, que à 9. ps. hacen los 180? que le añade, ni en lo substancial, ni en lo accidental del contrato, que el culeo tenga forma, ò razon de medida, y el dolio lo tenga de receptaculo ò bafija, si en la realidad lo mismo mide el dolio, que el culeo, y este puede servir de bafija, tan bien como el dolio de medida? y de hecho en Sevilla, y su provincia los dolios son de 25. amphoras, como dice Faria ad Covarrub. cap. 3. practico. num. 7.

Vende un fundidor á un Mercader una pessa de dos arrobas de bronce, à quatro rs. cada Libra: fuera bueno que esta venta se dijese *ad pondus*, y no *ad corpus*? ya se ve, que fuera error: porque lo mismo es vender la pessa por

por 25. ps. que vendèr à quatro rs. la libra de la pessa de dos arrobas: y por què? porque yà està pessada por otra, y ella pessa dos arrobas; no hay que certificàr su pessa ni precio, porque yà lo tiene, aunque los mismos contrahentes lo ignoren: pues esso es lo que dice Baldo, el vino que està en el dolio, yà està medido, yà tiene numero cierto de Amphoras, porque es invariable su mensura, y aquel ceno no admite mas, ni menos, y *per artem geometricam sciri potest, quot Amphoras includat*, y aunque los contrahentes no lo sepan, no importa: esso es ser la mensura ignorada, nò incierta, y *que per rerum naturam sunt certa, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint.*

Pero si el vino solo no se derramase, sinò que con un incendio se reduxesse à ceniza el tonel, ò con un Terremoto se quebrasse de tal suerte la bafija, que no apareciesen todas sus partes, ò si el Mar se la robasse, y no pareciesse, ni huviesse cuerpo ni valo por donde se pudiesse medir, entonces no dice Baldo que està perfecta la venta, porque en su doctrina supone existente el dolio ò tonel, en que estaba el vino vendido, y por donde se hà de hacer la medida *per Artem geometricam.*

Lo mismo digo si lo que se vende no està encerrado en lugar que mida v.g. una Hera donde està un monton de trigo que ocupa parte de ella, el qual quemado ò robado por el Mar, ò por un rio, no harà venta perfecta, porque aunque quede la Hera, y se pueda medir el lugar, no se puede medir el monton, de cuya circunferencia, y profundidad no queda rastro, de que poder tomar principios para la mensura, y asì en el primer sentido, tengo por verdadera è indubitable la doctrina de Baldo, y por mal entendida, y peor estendida en los segundos, y demás semejantes, y justamente reprobada por todos los que la concibieron tan absoluta.

Lassarte de Gabell. en el cap. 5. toma de proposito esta doctrina para impugnarla, desde el num. 22. y me parece que le cae, muy encima la nota que le pone à Baldo,

do, quien solo estendió la decission de los JJ. CC. Cayo, Sabino, y Cassio conforme à sus principios, sin sentir contra ellos.

Y por lo que esta doctrina conduce al punto presente dirè lo que me parece, así à favor, como contra Baldo. Dice este en la ley sicut. C. de act. empt. & vendit. que hay gran diferencia en quanto à la perfeccion del contrato en estas dos especies ò hypotesis, *vendo todo el vino que està en esta tinaja à razon de diez sueldos por cada salma*, y la otra, *vendo diez Amphoras del vino de esta tinaja*, que forte cabian en ella ciento: en el primer caso dice que esta venta no es *ad mensuram*, sino *ad corpus*, que es pura, y no condicional, y lo funda en que aparece todo el vino vendido, que es el que està en la tinaja, y que la mensura, no conduce à la certificacion de la cosa vendida, sino à la declaracion del precio, para saberse quanta es la cantidad de el, porque si no se mide, no se sabrà quantas salmas hay en el dolio, y hasta entones, no aparecerà el Precio.

Pero dice Baldo, esta no es incertidumbre sino ignorancia: el numero de salmas, y el precio es cierto *per naturam*, y aunque se derrame todo, puede medirse, y saberse quanto era, porque puede medirse la tinaja.

D. Covarrubias como dice bien Lassarte no en tendiò à Baldo, pero yo discurro, que ni el penetrò enteramente la doctrina, porque le opondre, que quando se vende todo el vino à cierto precio cada mensura, aunque *rerum natura* sea cierto quanto es el precio de todo el vino, no obstante el precio no se determinò como de todo el vino, sino separadamente por cada mensura, y así no se puede decir que todo el cuerpo del vino se vendiò, este es fundamento de Saliceto, de quien lo tomó Lassarte.

Esta argumentacion que aplaude de sutil, me parece sutil, y que no destruye el fundamento de Baldo, porque à un cuerpo medido lo mismo es ponerle el precio como à todo, que como à mensura; y la razon es, porque quan-

do

do se mide, yà se reduce à cuerpo, y es lo mismo que venta de especie, aunque sea la venta *ad mensuram*: luego si està medido, es lo mismo que si se vendiesse *ad corpus*; porque lo mismo es medirse, que està medido, y esso es lo que dice Baldo, que por el mismo caso de està en el dolio, y ser vendido todo el vino, yà està medido, porque el dolio en su ceno, no admite mas, ni menos, y *per artem geometricam*, se puede saber infaliblemente quantas Amphoras tiene, no hay que esperar à la mensura para la perfeccion del contrato, porque yà tiene toda la certidumbre necessaria.

Esto no es contra el §. *in his*, ni merecen Baldo, y Pablo de Castro, la nota de que *peissime lapsi sunt*, por que la segunda especie de este §. no es la misma de Baldo, como juzga Lassarte, num. 25. ibi, *qua est propria species Baldi*, y hay todo el cielo de distancia: y si no preguntemosle à Baldo, si quebrada la tinaja de que habla en su theorica, de modo, que no quede principio cierto para la mensura, estarà perfecto el contrato? y dirà que no, porque quitados los principios de la mensura, no puede saberse por ningun arte quantas amphoras media aquel dolio, pues esto es lo que dicen los JJ. CC.

Del mismo modo preguntemosle à estos el caso, que llevo propuesto de la pessa de bronce, de la amphora, ò culeo de vino, y responderàn lo mismo que Baldo, porque aquella condicion *quas admensus eris*, que suspendiera el contrato, y su perfeccion, siendo de futuro, *non moratur obligationem* siendo de presente *sed omnino non difert*, y aunque *apud nos incertum sit, attamen natura certum est*, que el vino està medido, y quanto es. Esto es lo que dice Baldo, y como no lo entendió Covarrub. tampoco lo han penetrado los demas.

Mas claro: los JJ. CC. dicen, *tunc perfici emptionem cum admensa sint; sed & si sint in dolio, iam admensa sunt*, como dice Baldo: ergo *tunc perfecta est emptio*. Veanse hay acordes los Jurisconsultos con Baldo.

Lo mas que se puede decir es, (y esto en honor de Baldo) que añadió à la decission de los JJ. CC. su agudeza , lo que ellos omitieron en expresion, aunque se contubo en su doctrina , Baldo dice , que el vino de la tinaja està medido *per artem geometricam*, los Jurisconsultos, no escluyen, que se mida de este modo; ellos piden mensura, Baldo la requiere, y la diferencia solo consiste en que Baldo la dà al mismo tiempo del contrato, y los JJ. CC. la pòponen: todos convienen, en que es necessaria la mensura, *quando in singulas amphoras, certum pretium diceretur*, y quando ya està medidas, todos convienen en que es lo mismo, que qualquier venta de especie, *tunc perfici emptionem existimant, cum ad mensa sint*.

Vease ahora la distancia de los casos en que proceden los JJ. CC. y Baldo, aquellos suponen no medido el vino que se vendiò *ad mensuram*, y paraque se reduzca à venta de especie determinada, requieren la mensura: Baldo supone medido el vino, y supone bien; porque todo recipiente es medida de los liquidos, y toda medida es recipiente, y tan cabalmente se mediràn veinte amphoras, sacandolas de un dolio, y midiéndolas por amphoras, como hechando sin medir el vino, que es necessario para llenar un culeo, que mide veinte amphoras: luego si el dolio es de la misma capacidad del culeo, no hay que medir:

Si este caso se admite en los principios de los JJ. CC. tambien el de qualquier dolio, porque *per artem geometricam* està medido, y el modo de la mensura, à nada conduce para la perfeccion del contrato, como sea mensura legitima, y así como pueden medirse de Amphora en Amphora por una simple medida, se pueden medir de dos en dos, de diez, en diez, y de veinte, en veinte, si son medidas de estos numeros: bueno fuera que lo que se vende por libras, no pudiesse pessarse por arrobas, porque el precio se puso à las libras, y que el que vendiò 500y. libras de polvos azules, se estubiesse pessando toda su vida, y la del comprador, y no llegasse à perfeccion el contrato: pues esto

esto es lo que dice Baldo, y lo que no pudieran resistir los Jurisconsultos, si se les diese hecha la medida al mismo tiempo del contrato, à menos que dixessen que las condiciones *que ad presens, vel preteritum tempus referuntur, obligationem morantur*: esto no pudieran decir contra si mismos, y porque como dice Vinio in § *si impossibilis conditio* de Inutilib. stip. *Et vero absurdum esset, aut suspendi obligationem, aut petitionem differri ea conditiane que hoc ipso re vera jam existit, quod non potest existere*: luego se hà de confessar que es cierta la doctrina de Baldo.

Ulpiano en la ley *scire debemus* 29. de verb. oblig. hablando de las estipulaciones, y que son tantas quantas son las summas, dice, que si se estipuló un monton de plata sellada, no son tantas estipulaciones, como monedas, y usa de la misma voz de absurdo, que Vinio en el lugar antecedente *nam per singulos denarios, singulas esse stipulationes absurdum est*, y examinando los AA. en que consiste este absurdo dice Corasio en su exposicion, que fuera necesidad dár una accion para cada Denario, quando con una sola se podla pedir el todo del monton: pues este mismo absurdo sucederia, si estando existente el dolio, que puede medirse *per artem geometricam*, se huviesse de hacer precisamente la mensura, Amphora por Amphora.

En el §. *si doliare* de la ley 1. de peric. & comm. rei vend. de que yà se hà dicho, enseña el mismo Jurisconsulto que el vendedor puede derramar el vino vendido, si llegado el tiempo de la vendimia, y requerido el comprador para que haga la mensura, no viene à medirlo, pero se deben notar sus clausulas. *Veteres enim hoc propter mensuram suaserunt, si quanta mensura esset non appareat, videlicet, ut appareret quantum emptori vini perierit.*

Que en este texto habla el Jurisconsulto de vino no medido, lo dice el contexto de la letra, y lo explica bien Fabro, asienta primero que *vinum doliare*, no es otra cosa que el que està en diversos dolios sin medir, *vinum doliare ut ego interpretor, vinum quod in diversis dolijs, erat*
non

non dum mensuratum quidem, y aqui hago la reflexion para el §. *sed & si ex doliario*, que lo que alli dice Fabro, que Budeo lee, *doliari*, donde el texto dice *doliario*, es lo mismo, esto es que la palabra *doliario*, significa un lugar de muchos dolios, y por esso *vinum doliare, est vinum, quod in diversis dolijs erat*: vease la gloss. marginal de este texto verbo *si doliare* en que se cita à Caton, Turnebo, y Ciceron, donde se llaman estos dolios, Cubas, y lo mismo en la ley 3. §. *si vinum, de tritico &c.*

Prosigue Fabro, y dice que esta efusion no tiene veces de tradicion, sino para que se sepa, y aparezca quando se perezio al comprador, y no tenga que pedir al vendedor, mas que lo que falta al cumplimiento del numero vendido, y concluye *aut effundendum, si de mensura non aliter appareat*.

Ninguno de quantos impugnàn à Baldo, y Castro, hà impugnado à Fabro, y dice lo mismo que ellos, y este texto dice lo que todos, y Fabro solo para mayor explicacion añade el *aliter*: Ulpiano dice *si quanta mensura esset, non apporet*, Fabro *si de mensura non aliter appareat*: de que infero yo: luego el vino sin medirse, puede derramarse, *si de mensura aliter apparet*, como dice Fabro, ò si sin medirse *apparere potest, quanta esset mensura*, como dice el J. C. luego aun sin la mensura natural, puede saberse quanto es lo que se vende, y quanto es lo que parece al comprador: luego si la mensura es *ut appareat quantum ematur*, y esto se puede saber *aliter*, no es necessaria la mensura por Amphoras para la perfeccion del contrato en quanto al peligro: luego desde que se convino en el precio, quedò perfecto sin necesidad de esta mensura, y aunque se pierda todo el vino, corre el peligro el comprador, porque *aliter apparere potest de mensura*, esto es *per artem geometricam*: luego Baldo no dice mas que Ulpiano, y solo añade al *aliter* el modo, y el Arte, que es la Geometria, por la qual se reducen à medidas quadradas las rotundas, como dice Seneca Epist. 88: ò *egregiam artem!*

scis

scis rotunda metiri, in quadratum redigis quamcumque acceperis formam.

Y de todo lo dicho se convence, que el argumento de Saliceto, que esfuerza Lassarte, no tiene vigor alguno contra la doctrina de Baldo; porque aunque se ponga el precio à cada Amphora, y no à todo el vino, es lo mismo, quando se sabe, quanto es el todo de las Amphoras, ò *aliter* puede saberse, como por la Geometria, que reduce à quadradas las formas rotundas, porque por este medio *certum est pretium totius vini*, como dice Baldo, del mismo modo, que *certum est pretium totius vini*, quando se pone un precio à todo el vino, como dicen Saliceto, y sus sequaces, y assi como en el §. *sed & si ex doliario*, no hay diferencia en que se ponga un precio à las 100. metretas, ò se distribuya en cada una, para que se entienda la venta hecha *ad mensuram*, y bajo de la quasi condicion, ò dilacion *ex natura rei si ad mensum erit*; assi tambien aqui no hay diferencia alguna, en que se ponga el precio à todo el vino, ò à cada Amphora, quando se sabe por la Geometria las que se vendieron, sin medirlas una por una, y el quanto del precio de todas las vendidas por el numero de las Amphoras.

Ynsta mas Lassarte al num. 26. conque los tres JJ. CC. en el §. *in his* dicen que aquella condicion *quæ sint, non nisi per factum mensuræ expediri, & certificari potest*, y que por esto dijeron, que era venta condicional la venta como contrahyda bajo de esta condicion; *quas mensuraveris*, que suspende el contrato, y que contra esto es la doctrina de Baldo: rara porfia! en que parte del texto dicen los JJ. CC. que *non nisi per factum mensuræ expediri, & certificari potest conditio*? y si *quanta est mensuræ appareat*, que diremos? y si *aliter de mensuræ, appareat, quam per factum mensuræ*, en que se opondrà esto à los Jurisconsultos? en nada porque sin el facto de la mensura natural, ò sin la mensura natural como la llama Baldo, puede *aliter* saberse el quanto de lo vendido como, dice Ulpiano:

luego será pura la venta, y lo mas que resultará de todo, será, que lo que omitieron Gajo, Sabino, y Casio, en el §. *in his*, añadió Ulpiano en el §. *si doliare*, como à cada passo se ve en el derecho, y lo exemplificò Baldo.

Esfuerza su discurso con el §. *ergo*, *Et si grex*, como inevitable, y dice, que si toda la manada se vende à cierto precio cada cabeza, està imperfecto el contrato hasta la numeracion, como en las demas especies vendidas *ad mensuram*; v. g. vino, azeyte, &c. cuya adequacion califica, que así como *non nisi per numerationem expediri*, *Et certificari potest numerus ovium*, así en las demas especies: Pero yo pregunto, que dice contra esto Baldo en su doctrina? porque èl habla del vino, *quod est in tali dolio, vel vegete*, y en este lugar *no hay tales carneros*, ni es de los casos en que *per artem geometricam*, se puede saber de quantas cabezas se componia la manada, y desde luego dirà Baldo lo mismo que los JJ. CC. porque *non aliter potest denumero apparere, nisi per numerationem*, y esto no sucede en un dolio de vino, que es de lo que trata Baldo, donde por la geometria se puede saber el numero de amphoras, sin que se midan: sus palabras son. *Sed quid si dixi, tibi vendo vinum totum, quod est in ista vegete ad rationem decem solidorum pro qualibet salma, numquid dicatur venditum ad mensuram? videtur quod sic, quia pretij declaratio pendet ex mensura: in contrarium videtur, quia tunc venditur ad mensuram, quando dico sic, vendo tibi tot salma ex tali vegete, vel ex tali cellario, tunc enim venditur sub forma mensure, unde substantia forme, materie, Et contractus, est in ipsa mensura; Et sic antequam mensuretur, est emptio imperfecta; sed in primo exemplo, mensuratio non venit ad substantiam, sed ad declarationem solius pretij, quod etiam in se ipso certum est, tan naturaliter, quam per artem geometricam, Et sic contractus est perfectus.*

De suerte, que quando se puede saber, *per artem*, el numero, y cantidad de la cosa vendida, aunque

no sea por la mensura natural, entonces no se entiende hecha la venta *ad mensuram*; esto es, que la mensura natural, no es la que perfecciona el contrato, pero en el segundo caso, quando no quedan vestigios, ni con principios de que poder tomar la mensura, entonces no queda perfecto el contrato, lo que demas del fundamento de Baldo, me lo persuade la ley *hec venditio* §. 1. ff. de contrah. empt. dice Ulpiano *huiusmodi emptio, quanti tu emisti, vel quantum pretij in arca habeo, valet, nec enim incertum est pretium tan evidenti venditione, magis enim ignoratur quanti emptus sit, quam in rei veritate incertum est*. Es el precio uno de los tres constitutivos esenciales del contrato, no menos, que la cosa que se vende; y assi como debe ser esta cierta, debe serlo el precio, *sed, Et certum esse pretium debet* dice Justin. y assi como hay distincion entre la ignorancia del precio, y la incertidumbre; assi tambien hay diferencia entre la ignorancia de la cantidad de la cosa, y la incertidumbre de ella; conque assi como la incertidumbre del precio, impide la perfeccion del contrato, pero no la ignorancia; assi tambien la ignorancia de la cantidad, no le quita la perfeccion, sino la incertidumbre, que es lo mismo que dice Baldo con Justin. *quæ enim per rerum naturam sunt certa, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint*.

Del mismo modo la segunda parte, ò extremo con que explicò la Sentencia de Baldo, se comprueba con el §. *pretium autem*, 1. de empt. & vendit. Refiere el Emperador la disputa, que hubo entre los Antiguos sobre la imperfeccion, ò perfeccion del contrato celebrado bajo de esta condicion *quanti Titius rem estimaverit*, y resuelve, que vale el contrato, y añade, que sea con la calidad, y condicion, *ut si quidem ille, qui nominatus est, pretium definierit*, quede perfecto el contrato; *sin autem ille, qui nominatus est, vel noluerit, vel non potuerit pretium definire, tunc pro nihilo esse venditionem, quasi nullo pretio statuto*: lo mismo, que con el precio sucede con la cosa

en

en la doctrina de Baldo, porque quando se vende todo el vino que està en el dolio, assi como se confiere el precio en el arvitrio de Ticio *quanti ille estimaverit*; assi por lo que mira, à la cantidad se confiere su certification en la mensura; y assi como quando el arvitro del precio lo determina, queda perfecto el contrato; assi quando *per artem sciri potest* la cantidad de la cosa, tambien queda perfecto; y assi como quando el arvitro, no puede, ò no quiere definir el precio, se resuelve el contrato como celebrado sin precio, assi quando por la substraccion de la materia, y con principios de la mensura, no se puede certificar la cantidad, se resuelve el contrato, y queda imperfecto.

Todo esto lo dijo muy bien Fabro, en el §. *in his* sus palabras, *hac autem conditio quam tacite inesse dicimus, huiusmodi venditionibus earum rerum, quae in pondere, numero, & mensura consistunt, si ad mensuram, aut pondus, aut numerum venditae sint, cohaeret ipsis rebus venditis, nec post eas peremptas, potest amplius existere; quia quod iam perijt, neque mensurari, neque adpendi, neque numerari potest*, que juntas, ò comparadas con aquellas, si de mensura non aliter appareat, que dice en el §. *si doliarum* de la ley 1. de de peric. & com. rei venditae, explican todo mi concepto, y particular inteligencia de la doctrina de Baldo; que se reduce en suma aque si lo que pereció, no se puede medir, queda imperfecto el contrato pero si aliter de mensura appareat, estubo perfecto desde el principio.

Entendida assi genuyna, y hermanamente la doctrina de Baldo, veamos ahora en que conduce, y de que sirve à nuestro assumpto? dice Baldo, que quando se vende todo el vino, que està en un dolio à razon de diez sueldos por cada salma, se pregunta, si la venta es *ad mensuram*? y el fundamento afirmativo es *quia pretij declaratio pendet ex mensura*: este es todo el fundamento, y toda la razon de los contrarios; es assi que quando se venden 200. fanegas à cinco pelos cada una, no depende de la mensura la

de-

declaracion del precio, porque midanse, ò no, siempre es su precio mil pesos: luego falta el principal fundamento en que consiste toda la doctrina contraria.

Con esta misma se desvanee la nueva, sutil, è ingeniosa diferencia, que se hà querido constituyr, entre el precio de convencion, y la liquidacion del precio: dicesse que el precio de convencion es cierto, que son cinco pesos, y que la liquidacion no pertenece à la certidumbre del precio, por lo qual no pende la perfeccion del contrato de la liquidacion, sino de la mensura, como condicion, ò dilacion ex natura rei, por lo qual quando un monton de indeterminada mensura, se vende à cierto precio cada medida, la imperfeccion no depende de la liquidacion, que esse no es el precio, sino de la mensura, que es la condicion; y con esta diferencia se excluyen las doctrinas de Fabro, Ansaldo; y los demas, que fundan la imperfeccion del contrato en la incertidumbre del precio: Pero contra esto es la misma doctrina de Baldo, porque pone por fundamento unico, y capital de la contraria sentencia esta sola razon, *quia pretij declaratio pendet ex mensura*, lo mismo el Eminentissimo Carden. Mantica de tacit. & ambis convention. tit. 17. n. 6. versic. *preterea*: sus palabras, *preterea quod dictum est, venditionem factam ad mensuram, esse conditionalem, & imperfectam, sane debet intelligi, ut locum habeat, quando pretium est incertum respectu totius fundi, quod quidem pretium post mensuram adhibitam est declarandum*, y en el num. 7. refiriendo la misma doctrina de Baldo, y conformandose con ella dice assi, *mensura non venit substantifice, sed ad declarationem totius pretij, quod in se ipso naturaliter, vel per Artem geometricam certum est, licet contrahentibus sit ignotum; ideo contractus est perfectus, sicuti si esset celebratus sub conditione de presenti*.

Convenceffe esta misma nueva, y sutil distincion entre precio de convencion, y liquidacion de precio con esta reflexion: si el precio de convencion fuera cosa distinta

de la liquidacion, huviera tantas ventas quantos precios, assi como havia tantas materias de venta, quantas eran las medidas; es assi que esto es absurdo, como queda dicho con la ley *scire debemus* de verb. oblig. donde lo es que por cada denario, se entiende hecha una estipulacion, y hasta ahora nadie hà dicho, que se contrahen muchas compras, y se dãn muchas acciones, quando la especie, que consiste en peso, numero, ò medida, se vende à peso, numero, ò mensura, distribuydo el precio en sus partes: luego no hay diferencia entre el precio de convecion, y la liquidacion de todo el precio, sino que el todo que hà de resultar de la liquidacion, esse es el precio de convecion.

No es assi quando se venden muchas, y diversas especies por distintos precios, que entonces cada precio es una venta, y cada cosa es un contrato, y aunque se haga liquidacion del precio de todas, no es la liquidacion el precio de convecion ad text. in leg. *quia dicitur* 32. ff. de eviction, y es la comun de los DD. y Fabro en la citada ley 7. §. 2. con la ley *pacta* 72. del mismo tit.

En esta parte juzgo que tiene justicia Baldo, y no los que le impugnan, pero en lo que no la tubiera, si procediera absolutamente, es en la segunda parte, donde assienta, que quando se venden tantas salmas *ex tali Cellario est emptio imperfecta*; pero para su explicacion è inteligencia buelvo à mi sisthema: toda esta question pertenece al peligro, à este fin se toca, y à este se resuelve: conque la pregunta es à quien pertenece el peligro de essas salmas vendidas *ex Cellario*? y resolviendo que pertenece al vendedor, se debe entender, que lo que pereciò, no fuè el todo del vino, *quod erat in Cellario*, sino tantas salmas, quantas se havian vendido, y entonces dice muy bien; pero si pereciò todo el vino que estaba en la cella, no dice que el peligro de lo vendido seria del vendedor, y si lo dijera, no diria bien, como inmediatamente se veetà.

INTELIGENCIA PARTICULAR CONQUE

se aclaran, y componen todos los textos
de la materia, y doctrinas de los

AA. que la tratan.

A Ssi como el que de agenas espigas saca trigo, no hace nueva especie, sino solo descubre la que està en ellas, como dice el mismo J. C. Gajo en la ley *Adeo 7. §. cum quis 7. ff. de acquir. rer. Dom. etenim cum grana que spissis continentur, perfectam habeant suam speciem: qui excussit spicas, non novam speciem facit, sed eam qua est, detegit*: assi no se debe tener por nueva la inteligencia particular, que se contendrà en este §. porque solo se reducirà à descubrir los granos de oro, que dejaron los JJ. CC. en las leyes, en su perfecta especie: y assi aunque lo que se dijere sea contra la opinion, y sentencia de los AA. que hân escrito el punto, no se me deberà atribuyr à licencia, ni temeridad, pues solo pretendo que valga mi *systema*, lo que valiere la razon, en que se fundare.

Para mayor claridad de mi doctrina, supongo, que los JJ. CC. no usaron de las voces *ad corpus*, ni *ad mensuram*, y solo se halla en ellos la palabra *aversio*, repetida en varios textos, y que estas locuciones son unos terminos inventados por los AA. para explicar sus conceptos, del qual me hê valido para explicar la segunda parte del §. *in his*, y assi, siempre que he dicho, y dijere venta *ad mensuram*, entiendo, y quiero decir una venta de un todo determinado, de cantidad indeterminada, cuyo precio se distribuyò en cada mensura, salvo, quando lo hago refiriendo alguna doctrina, que entonces hablo como el Author de quien es.

Supuesto este principio, es menester reducir la materia presente à la division, que hacen los Jurisconsultos, por que ò se vende un todo, ò se vende una parte; esta es la suma division de Gajo, en los §§. *in his*, §. *ergo*, §. *si grex* y, §. *sed*; & §. *si ex deliario*: en el §. *in his* habla del todo ven-

vendido, *ibi nam si omne vinum*, & *ibi quod si vinum*; esto es el mismo todo, y en el §. *ergo* & *si grex*, se habla tambien del mismo todo *ibi grex*, que tambien es todo, y un cuerpo, §. *si grex* 18. instit. de legat. *ibi est autem grex unum corpus*: en el §. *sed ex*, & *si doliario*, habla de la parte vendida *ibi pars vini venierit*: con que no se puede dudar, que esta es la division hecha por el Jurisconsulto.

Quando se vende el todo, buelve à distinguir el Jurisconsulto de este modo, si el todo *uno pretio venierit* es lo mismo que venta de especie, esto es lo que los mismos Jurisconsultos llaman *per aversionem*, los Españoles, à *ojo*, y los Franceses en *Gros*. ò en *Bloc*. como dice Fabro, y queda perfecto el contrato, luego que se convienen los contrahentes en el precio, por lo qual el peligro lo corre el comprador.

El otro extremo es, si el todo se vende distribuyendo el precio en cada mensura, à cuyo genero de venta, no le pusieron nombre los Jurisconsultos, pero los AA. le dan el de *ad mensuram*, y de este genero de venta dice Gajo, que entonces se perfecciona el contrato segun Sabino, y Cassio, quando se mide, pesa, ò cuenta, y esta misma division reproduce en el §. siguiente con el exemplo de la Grey, que *si universaliter uno pretio venditur, perfecta est venditio, postquam de pretio convenerit*; pero si se señala cierto precio à cada cuerpo, pende la perfeccion de la numeracion, por lo qual el peligro es del vendedor antes de ella.

Convienen estos dos modos de venta, en que uno, y otro es de un todo vendido, y difieren solo en la constitucion del precio, y aqui terminò este extremo de la division de la venta del todo.

Siguiese ahora el otro extremo de la venta de la parte, de que trata en §. *sed*, & *si ex doliario*: *ibi pars vini* esta parte se puede vender de dos modos, ò *in genere generalissimo*, ò *in genere subalterno*.

La venta de genero Generalissimo, es quando se vende

de un número determinado, pero de indeterminado cuerpo, mayor ò menor: v. g. *vendo cien metretas de vino, vendo 200. fanegas de trigo.*

La venta de genero subalterno es, quando se vende num. determinado, de un genero menor, que el generalissimo; porque así como este; v. g. *vino*, comprehende todo el vino, que hay en el mundo, así el vino de tal cella vinaria, comprehende todo el vino, que está en los dolios, que se incluyen en la cella, en cuyo caso aquel vino se tiene como genero subalterno, esto es un genero mas estrecho, contrahido, y menor.

Tambien puede ser mas amplio este genero, sin que por esso deje de ser subalterno: v. g. si se venden cien metretas de vino Adlantico, será genero subalterno todo el vino de la Ysla Adlantida, pero mas amplio, mayor, y extendido, que el incluso en una cella vinaria, pero se tendrá como genero, respecto de las especies inclusas.

Del mismo modo puede este genero subalterno, ser menor, si se venden cien metretas de vino, de un dolio capaz de mil, porque entonces el dolio, se tendrá como genero, respecto de las medidas que incluye, y las medidas como especie *secundum magis, & minus.*

La venta de genero generalissimo, se perfecciona en quanto al peligro por la mensura, y designacion de la cosa vendida, y hasta entonces corre el peligro el vendedor: la razon de esto es la que aclara la materia, porque no es, ni consiste en que es venta hecha *ad mensuram*, ni se comprehende baxo de la regla, que los JJ. CC. dan en la segunda parte del §. *in his*, no es porque sea condicional ò quasi, ò porque *ex natura rei* incluya dilacion, sino porque el vendedor se constituye deudor, de la quiddidad, qualidad, y cantidad, que existe, y no puede perecer, *quia genus perire non potest*; y aunque perezcan cien metretas de vino, ò 200. fanegas de trigo, siempre existen otras tantas, y muchas mas, en que se verifique la obligacion del vendedor: ita communis Doctorum con la ley *in*

ratione. §. *incerta* ff. *ad legem falcidiam*, ley *si te bonis* C. de Jur. deliberand. ley *incendium* C. *si certum petatur*, y es proloquio, y Axioma.

El segundo extremo de esta divission, es la venta de genero subalterno; y aqui se buelve à distinguir, ò perece parte del genero subalterno, ò perece el todo: si perece parte, el peligro es del vendedor antes de la mensura, pero no consiste este peligro, en que la venta es *ad mensuram*, sino en que el vendedor se constituyò deudor *quid-ditatis*, *qualitatis*, & *quantitatis*, y aunque perezca parte del genero subalterno, existe la cantidad vendida en el residuo que queda, y lo que obra la perdida de aquella parte perdida, no es otra cosa que disminuir el todo de que se havia de pagar la parte, porque como aunque todo el genero subalterno, es *in obligatione*, solo la cantidad vendida, es *in solutione*, perece parte de lo obligado, pero nada de lo vendido.

Esto lo persuade la misma razon, porque si lo que se pregunta es à quien toca el peligro de la cosa vendida? y la parte perdida, no es la cosa vendida, porque en la parte existente, queda la obligacion à la entrega de la parte vendida; como hà de correr el peligro el comprador? cierto es, que el contrato està perfecto en quanto al peligro, pero en quanto al peligro, de lo vendido: y como lo vendido, no perece, porque es una cantidad debida, y esta existe en el residuo, que no pereciò; por esso no perece al comprador, *alias*, corriera el comprador el peligro de lo no vendido.

Por esto el que vendiò cien metretas de vino *alicuius celle vinarie*, aunque antes de la mensura se derramen cien metretas, corre el peligro de ellas, y no el comprador: si la venta fuè de cien metretas de vino Adlantico, y se perdiò una partida de este vino, nada perece al comprador; y si se vendieron de un dolio capaz de mil, tampoco perece al comprador; pero en nìgun caso es por la imperfeccion del contrato, sino por la existencia de la cosa vendida, y
solo

solo pereciendo esta, se puede preguntar à quien perece? pues era inutil preguntar à quien pertenece el peligro de la cosa no vendida: por esto se inscribe el titulo de peric. & comm. rei venditæ, y no de peric. & comm. generis subalterni pro solutione rei venditæ. obligati.

Opondràse contra esto, que todos los AA. nemine discrepante, como dice Faria en el num. 8. convienen, en que la venta hecha de este modo vendo, 20. amphoras de aquel dolio, es venta *ad mensuram*: luego no se perfecciona este contrato en quanto al peligro, sino es purificandose la condicion de la mensura

Mas: si quando aparece *quid, quale, quantum, & pretium*, està perfecto el contrato en quanto al peligro segun la ley *Necessario*; y en nuestro caso decimos, que aparecen todos quatro requisitos; no será venta *ad mensuram*; porque en esta todos convienen, en que el peligro es del vendedor; con que en nuestra hypotesi de las 200. fanegas vendidas à cinco pesos del moncon de mil, ò es venta *ad mensuram*, como todos los AA. sienten; y el peligro es del vendedor, ò estos mismos AA. yerran en poner por exemplo de venta *ad mensuram*, una venta perfecta *quo ad periculum*, verificados los quatro requisitos en los terminos de la ley *Necessario*.

Para responder à esta dificultad, es menester entender, que no todas las ventas en que es necesaria la mensura, son ventas *ad mensuram*, que suspenden la perfeccion del contrato: Faria, que en el num. proximately citado pone el exemplo referido, dice al num. 29. *aliud est vendere ad mensuram, de quo actum huc usque, & aliud modum dicere in venditione ad corpus; nam & si mensuratio desideretur, ut constet, an tot jugera in fundo, aut tot amphora sint in dolio, venditio tamen est perfecta statim, & periculum transit ad emptorem, antequam res metiatur, & venditor tenetur, si minus reperiatur quam dictum, ley 2. de act. empt. & vend.*

El mismo en el num. 41. aprueba la opinion de Fulgoso

fio, que dice, que quando *quid ad corpus venditur etiam dicto modo jugerum, aut numero amphorarum, statim perficitur contractus, periculum que, ad emptorem pertinet ante, mensuram, non desideratur pro venditionis perfectione, sed ad dignoscendum an deceptus sit emptor, si minus invenitur quam dictum.* Vease aqui una venta *ad corpus*, un contrato perfecto *quo ad periculum*, y con todo esto es necesaria la mensura: luego estara muy bien, y se compadece que sea necesaria la mensura, sin que sea venta *ad mensuram*, y sin que se requiera esta para la perfeccion del contrato.

Requiere se pues la mensura en la venta de las 200. fanegas de trigo a cinco pesos, no para la perfeccion del contrato en quanto al peligro, ni tampoco para la tradicion, y traslacion del dominio, sino solo para la separacion del: no para el peligro, porque como se vera despues el comprador, lo corre en las 200. fanegas vendidas, y el que no lo corra, perdiendose 200. fanegas del monton de mil, es porque no son estas las vendidas, sino de las obligadas.

No es necesaria para la tradicion, porque se pueden entregar aun sin medirse, y todos los AA. *nemine discrepante*, convienen en que aun en la venta *ad mensuram*, pertenece el peligro al comprador, si se le entrega el todo, que se ha de medir, como se dijo en el ultimo §. del segundo fundamento.

Finalmente, no se necesita la mensura para la traslacion del dominio, porque puede quedarse pro indiviso, y ser dueños del monton, comprador, y vendedor, por la parte, que cada uno tiene: con que solo resta ser necesaria la mensura para la separacion del dominio, y para reducir a especie lo que es cantidad.

Ya se descubre la solucion de la dificultad, pasando al segundo extremo de quando el genero subalterno, perece en el todo: de suerte, que quando perece en parte, parece al vendedor como dejamos dicho, y en la venta *ad*
men.

mensuram, tambien perece al vendedor lo que se pierde, aunque por muy distinta razon, como se ha explanado, y assi se deben entender los AA. en este sentido, esto es, que lo mismo es en quanto al peligro, que se venda *ad mensuram*, ò que se venda cierto numero de medidas, de cantidad mayor, quando se pierde parte del todo, de que se vendiò: pero si la venta de 200. fanegas del monton de mil, la entienden, y conciben, como venta *ad mensuram*, de la segunda especie del §. *in his*, esto es una venta quasi condicional, è imperfecta; yo con venia de todos, discorro, que es contra la mente expresa de los JJ. CC. y aun contra lo literal de los textos, porque la venta *ad mensuram proprie*, pertenece al primer extremo de la division, que es *el todo*, cuya Classe es totalmente distinta del segundo extremo, que es *la parte*. Para el primer extremo dieron los JJ. CC. su decission en el §. *in his*, ibi *nam si omne vinum*; para el segundo en el §. *sed, & si ex doliario*, y querer acomodar, ò equivocar la decission del todo, con la de la parte, es invertir las reglas, passar los casos de una Classe à otra, y confundir, no solo las decisiones, sino las razones; porque, que tiene que veer, que la venta *ad mensuram proprie*, sea imperfecta en quanto al peligro, por la incertidumbre del precio, y por esto corra el peligro el vendedor, conque en la venta del genero subalterno, corra el peligro el mismo vendedor, porque es deudor de cantidad, la que no ha perecido, por què perezca parte? por ventura, el que en uno, y otro caso sea el peligro del vendedor, funda, que sea por una misma razon? ò porque en uno, y otro sea del vendedor el peligro, esso fundarà que sea la venta, *ad mensuram*? ya se veè, que nò.

Esta total diferencia, que hay entre la venta del todo, y la venta de la parte, la declara bellamente el mismo J. C. en el §. *Sed, & si ex doliario*, porque haviendo dicho en el §. *in his*, que el modo de constituir el precio, es el que determina, si la venta es pura, ò quasi condicional

nal, porque si se pone un solo precio al todo, es pura, y corre el peligro el comprador, pero si se distribuye en cada peso, num. o medida, es del vendedor antes de la mensura, passa al *S. sed, & si ex doliaro*, y dice, que si se vende parte del vino, *veluti metretę centum*, es todo el peligro del vendedor, antes de la mensura, ora se vendan todas las cien metretas en un precio, ora se distribuya en cada una de ella, y esto, que quiere decir, sino que quando se vende el todo vendido, influye el modo de constitucion de precio, pero no quando se vende parte, esto es numero determinado, de todo determinado, y cierto; y la razon es, porque quando se vende el todo, *sive ad corpus, sive ad mensuram*, qualquier peligro recae sobre la parte vendida, porque se vende el todo; pero quando se vende parte, aunque parte se pierda, no es essa la parte vendida, sino la obligada; y como lo que se pregunta es, a quien pertenece el peligro de la cosa vendida, y no de la cosa obligada? dice muy bien el Jurisconsulto, quando se vende el todo, todo es vendido, qualquier parte que perezca, es parte vendida; y assi para saber quien corre el peligro de ella, es menester, que se sepa, si el contrato esta perfecto, y si aparecen los quatro requisitos de la ley *Necessario*: y como quando el precio se distribuye en las partes, que se pessaren, contaren, o midieren, no aparece el precio, que es el quarto requisito, ni puede aparecer hasta la mensura; por esso es el peligro del vendedor.

Al contrario, quando se vende parte determinada, de todo determinado, esta el contrato perfecto de qualquier modo, porque siempre aparecen desde luego los quatro requisitos de la ley *Necessario*, ora se constituya el precio *in semel*, ora *in singulis mensuris*; porque como las cien metretas perdidas, no son las cien metretas vendidas, ni parte de ellas, porque en el residuo que queda, hay existen, y solo se perdiò, lo que era obligado al entero de lo vendido; por esso no hace aprecio el Jurisconsulto del modo de

de la constitucion del precio, porque en lo que fixò el fundamento de la division, es, en si pereciò la cosa vendida, ò nò, para despues preguntar, à quien pertenece el peligro? y para resolver esta pregunta, se inquiere, *utrum* estè perfecto el contrato? llega à la segunda parte del §. *in his*, y halla que pereciò el todo, ò parte, de aquel todo vendido *ad mensuram*: pregunta si està perfecto el contrato? y dice que nò, por la quasi condicion de la mensura, que impide que aparesca el quarto requisito del precio, y resuelve, que pertenece el peligro al vendedor.

Passa al §. *ergo, Et si Grex*; pregunta lo mismo, y por el mismo orden, y resuelve lo proprio.

Llega al §. *sed Et si ex dolario*, y como cosa distinta, y diversa de lo que antes havia tratado, empieza por la particula *sed*, que es adversativa, y suponiendo el contrato perfecto, porque aparecen todos los quatro requisitos, decide, que el peligro de las cien metretas derramadas *ex dolario*, pertenece al vendedor, sin cuydar del modo de constitucion del precio, porque como la cosa vendida no havia perecido, ni la question es del peligro de la cosa obligada, no era menester examinar, nada de lo que en la especie antecedente, porque allà perecia la cosa vendida, y aquí nò; y faltando el supuesto de la question, dixo el Jurisconsulto si la cosa vendida, no hà perecido, sino solo parte de lo obligado à la venta, no hay para que cuydar, de si el precio se puso *in semel*, ò distribuido en cada mensura: propongaseme perdida la misma cosa, que se vendiò, y entonces examinarè, si influye el modo de constitucion del precio.

Esto quiere decir *antequam admetiatur*; porque como por la medida se havia de individuar la cosa vendida, y antes de ella, solo se concibe una obligacion à la entrega de cantidad, no pelagra la cosa vendida, antes de la mensura, porque perezcan cien metretas; y esto mismo es lo que dejamos dicho con Donelo, cuyas palabras repito: *cum ergo deliberatione debitoris, ob interitum rerum eius queritur*

tur, sciamus questionem esse in eo, utrum quod periit, debitum fuerit, nec ne? ut si fuit debitum, debitor liberetur, si non fuit, non liberetur: convenciendose así, que todo lo que se apartan los AA. de este concepto, se desbían de la mente, y decisión de los Jurisconsultos.

El segundo extremo de la subdivisión del genero subalterno, es quando perece todo, que entonces perece al comprador la parte vendida: son textos expressos la ley *in ratione §. incertę ff. ad legem falcidiam*, y la ley *si in emptione §. emptio de contrah. empt*: Marciano en la primera dice así, *nam si ex suis rebus, incertam rem testator reliquisset veluti argentum quod elegerit, & omne argentum testatoris interisset sine culpa heredis, nihil deberetur*: Paulo en la segunda dice así, *si emptio ita facta fuerit, est mihi emptus Stichus, aut Pamphilus, in potestate est venditoris, quem velit dare, sicut in stipulationibus; sed uno mortuo qui superest, dandus est: & ideo prioris periculum, ad venditorem, posterioris, ad emptorem respicit, sed & si pariter decesserint, pretium debetur, unus enim utique periculo emptoris vixit.*

La razon de estas decisiones, es la misma, que acabamos de dar, y consiste, en que así como quando perece parte del genero subalterno, no corre el peligro el comprador, porque esso que perece, no es lo vendido, sino lo obligado *ad text. in leg. si duo 128. in fine de verb. oblig.* así quando perece todo, corre el peligro el comprador en la parte vendida, porque en el todo obligado, se incluía la parte vendida, y pereciendo el todo, se pregunta muy bien, à quien pertenece el peligro de la cosa vendida? y entonces se examina, si està perfecto, ò no, el contrato: y si aparecen los quatro requisitos de la ley *Necesario*, el peligro es del comprador, y si no està perfecto, corre el peligro el vendedor; y como quando se vende num. cierto de todo cierto, y determinado, y por cierto precio, ora sea uno solo, ora sea distribuido *in singulis mensuris*, aparecen los quatro requisitos; es preciso, que perezca al comprador.

Por

Por esto, si se venden cien metretas de vino *ex doliaro*, *vel ex tali cella*, si perece todo el vino encerrado en ella, perecen al comprador, las cien metretas vendidas; si la venta fuè de cien metretas de vino Adlantico, y como refiere Platon, se sumergiò toda la Ysla Adlantida, el peligro es del comprador; y si se vendieron cien metretas de un dolio de mil, y se perdiò, y derramò todo el vino, el peligro es del comprador, porque en todos estos casos se verifica, que pereciò la cosa vendida, despues de perfecto el contrato, asì como quando el testador legò, *argentum quod elegerit, si omne argentum testatoris perierit, nihil deberetur*, porque pereciendo todo el genero subalterno, tambien pereciò la cosa debida, ò vendida.

La venta alternativa, es tambien venta de genero subalterno, y solo se diferencian en que, en la venta alternativa se señalan *nominatim* los extremos, cuerpos, ò partes, que son materia de la obligacion, y en que ha de recaer la eleccion del vendedor, y en la venta de genero subalterno, no se expecifican, ni induiduan, sino se dejan embecidos en el genero, v. g. *Titio servum quem voluerit, do lego*, es legado de genero subalterno, y este *illud aut illud, utrum elegerit*, es legado alternativo: dicelo literalmente Vinio en el §. *optionis* num. segundo circa finem ibi; *si ita testator dixerit, Titio servum, quem voluerit do lego, illud, aut illud, utrum elegerit: puto tamen, nibilo magis optionem legatam, sed pro simplici legato generis, aut alternativo, hoc etiam habendum*, esto es, el primero, generis el segundo, *alternativo*: Desuerte, que si el testador al legar el siervo en la primera especie, los fuesse nominando todos, y despues de la nominacion dijesse *el que de estos eligiesse, esse lego*, sería legado alternativo; porque no consiste lo alternativo en que sean dos, como *illud aut illud*, porque pueden ser muchos, sin que por esto deje de ser alternativo el legado: es expreso Papiniano en la ley *cum illud aut illud* 25. ff. quando diez leg. cedat ibi *cum illud aut illud legetur, enumeratio plurium rerum, disjunctivo*

Aa modo

modo comprehensa, plura legata non facit, y la glosa añade plura non facit, sed unum, quantum ad unam solutionem; y la misma eleccion que hay en el genero subalterno vendido, hay en la venta alternativa; y assi como es puro el legado del genero subalterno, como dice Vinio *ibidem* num. segundo *generis legatum purum esse*; assi tambien la venta de genero subalterno, es pura, y no contiene condicion, ni quasi, como en la segunda parte del §. *in his*: por esso se llama venta alternativa, porque en substancia, y *quo ad effectum*, es lo mismo que subalterna, assi en quanto à lo que se comprehende en la obligacion; como en que *unica solutione tollitur obligatio*, como en la alternativa, y por esso Fabro en la ley *comprehensum* 6o. ya citado dice *non solum in alternativis electio est debitoris; sed etiam quando genus aliquod debetur, nam Et qui generis debitor est, plurium rerum debitor est.*

Por esto, assi como quando se vende alternativamente Sticho, ò Pamphilo, ambos *sunt in obligatione, licet unus dumtaxat sit in solutione*, si muere Sticho, y queda Pamphilo, dice Paulo, que Sticho murió al vendedor; por que esse *erat in obligatione*, y todavia resta Pamphilo, *qui potest esse in solutione*; el muerto es el obligado, Pamphilo el vendido; el obligado muere al vendedor, y el vendido vive al comprador, mas à riesgo suyo, *unus enim utique periculo emptoris vixit*; y si mueren los dos *successive*, ò *simul*, uno perece al vendedor, y otro al comprador, por la misma razon, *unus enim utique periculo emptoris vixit*, pues pereciendo ambos, perece al comprador; y lo mismo que dice Paulo de dos, dice Papiniano de muchos, *ibi enumeratio plurium rerum*; y assi como quando parte de la bagilla del testador pereció, no perece el legado de *argentum quod elegerit*, porque *aliquod argentum remanet*, pero si perece toda la bagilla, perece al legatario la alhaja legada, porque en una alhaja corria el legatario el peligro: assi en la venta de cien metretas de vino, de tal doliario, ò Bodega, ò 200. fanegas de trigo, de tal monton, si perece

par-

parte, perece al vendedor, y si perecen todas, perecen al comprador las 200. porque la venta fue pura de las 200. fanegas, y no condicional, ni dependiente, de la mensura; pero pereciendo todas las mil, perecieron con ellas las 200. vendidas, que es lo mismo que dice Ortega, *si vinum omne aliquo fortuito casu sit effusum, emptor pretium solvere cogitur; nam verum est cum universo corpore, quantitatem emptam, peremptam fuisse*, y por esso la ley 34. §. *si emptio* es un texto que *nulla arte efugi potest*, digan lo que dijeren los contrarios.

Esto es lo que dicen el P. Oñate, y los demas, y novísimamente el P. Nicolas de Segura, en su tratado de contract. tract. 1. disp. 5. num. 33. con la ley 23. tit. 9. partida 6. ley *Plerumque* 11. §. final, ff. jur. dotium ley *non utique*, 3. ff. eo quod certo loco, y la ley *sicum* 95. ff. de solut. y lo mismo en la disp. 6. num. 107. y el Señor Gregorio Lopez., gloss. 3. de la misma ley.

Mas breve, y concissa, y de otro modo equivalente se puede dar la misma doctrina en general, para la materia, dividiendo, y distinguiendo de esta suerte: ò aparecen los quatro requisitos de la ley *Necessario*, ò no aparecen; si aparecen, està perfecto, el contrato y en quanto al peligro.

O perece lo que *simul est in obligatione, & solutione, aut quod solum est in obligatione, & non praeisse simul in solutione.*

Si perece *quod simul est in obligatione, & solutione*, el peligro es del comprador.

Si perece *quod solum est in obligatione, & non praeisse in solutione*, el peligro es del vendedor.

Pero si no aparecen los quatro requisitos, contenidos en la ley *Necessario*, està el contrato imperfecto, y el peligro pertenece al vendedor.

Pareceme, que no puede haver regla mas segura, ni doctrina mas cierta, que aquella, que siendo general comprehende con uniformidad, y conformidad de razon todas las

las especies, y casos particulares, ajustando su decission, à las resoluciones de los JJ. CC. Así debe ser la regla, como se dice en la ley 1. ff. de reg. jur. *regula est que rem, que est, breviter enarrat, non ut regula, jus sumatur, sed ex jure, regula.* No hago yo esta regla, sino la tomo del derecho, y su certidumbre, la califican sus efectos, y si no vamos-lo viendo por los textos Capitales.

En el §. *in his*, la venta hecha por un precio, se perfecciona, *simul atque de pretio convenerit*, y el peligro lo corre el comprador, y porqué? porque parece la cosa vendida, y aparecen los quatro requisitos de la ley *Necessario*.

En el mismo §. *in his*, en su segunda parte, quando se distribuye el precio *in singulis mensuris*, el peligro es del vendedor, y porqué? porque no aparecen los quatro requisitos de la ley *Necessario*, y está imperfecto el contrato, hasta la mensura, ponderacion, ò numeracion.

En el §. *ergo*, & *si grex*, es lo mismo, que el antecedente.

En el §. *sed*, & *si ex doliario*, el peligro es del vendedor, porque no perece la cosa vendida, y la que es *in solutione*, aunque esté perfecto el contrato, y aparezcan los quatro requisitos.

En la ley *si in emptione*, §. *emptio*, el peligro es del vendedor, si muere Sticho, porque solo perece lo que es en la obligacion, y no precisamente, lo que es en la solucion; pero si mueren Sticho, y Pamphilo, uno muere al comprador, y otro al vendedor, porque aunque los dos estaban obligados, uno solo, era materia precisa de la solucion.

La ley *in ratione*, §. *certe* contiene tres especies, y todas se resuelven del mismo modo: si perece parte de la bagilla del testador, no perece el legado, de *argentum quod elegerit*, porque solamente perece lo que es *in obligatione*, y no *precisse*, lo que es *in solutione*.

Pero, si perece toda la bagilla, perece el legado, por que

que allí perece, lo que *precisse est in solutione*.

Si el legado es de genero generalissimo, como en la segunda parte de este §. aunque perezca toda la bagilla del testador, no perece el legado; porque como *genus perire non potest*, solo perece parte de lo que es *in obligatione*, pero no lo que es *precisse in solutione*.

En la ley de partida sucede lo mismo: propone una venta *ad mensuram proprie*, de un todo determinado, de indeterminada mensura, constituido el precio *in singulis mensuris*, que es la misma especie de de la segunda parte del §. *in his*, y dice, que si perece todo, ò parte, perece al vendedor, por que como està imperfecto el contrato hasta la mensura, aunque perezca la cosa vendida en todo, ò en parte, perece al vendedor, y no al comprador; y así se entienden genuina, y hermanamente todos los demas textos.

Y no puedo dejar de hacer aquí la reflexion de que como consta de la prueba, que se ha dado, y no pueden negar los Abastecedores, siempre, que después de vendido el trigo, se ha picado, ò se ha corrompido antes de la mensura, el peligro ha sido de los compradores, y jamás se hà oydo, que se hayan quejado, ni judicial, ni extrajudicialmente, ni pretendido rebaja, ni devolucion por este daño, y han tolerado, que se les arroje al mar muchas veces la parte, que han tenido en los montones, y otras, que no se les deje amasar, sino que lo vendan para pasto de las Abes, lo que sucede tan regularmente, que no hay dia en que no se verifique, porque como esta es una semilla, que todos los dias se deteriora, y el que oy està bueno, mañana està caliente, y el que oy està caliente, mañana està picado, y el que oy està picado, mañana està mas, *Numquam in eodem statu permanet*; el que comprò esta semana 500. fanegas, no las recibe la que viene conforme las comprò, sino deterioradas, y tal vez inferbibles, y así las recibe, ò las pierde si se arrojan, y todo esto de que proviene, sino de que el peligro es en la cosa vendida, después de perfecto el contrato? el que se pierda el trigo,

por irrupcion del mar, y el que se corrompa, ò pudra en todo, ò parte, solo difieren en razon de peligro *secundum magis, & minus*: pues si para la corrupcion, y deterioracion de la cosa vendida, siempre se ha tenido por perfecto el contrato, luego que se convienen en el precio; porque no se ha de juzgar lo mismo en la perempcion total de la especie? por ventura, hay alguna substancial diferencia, en que el mar, se lleve el trigo bueno, ò en que la Justicia entregue al mar el trigo, que aunque se vendiò bueno, se hizo malo por la corrupcion? pues si este peligro nunca lo han litigado, porquè se les ha de oyr en este? por esso el Tribunal del Consulado, que se hallaba instruido de la practica, y estylo de este Comercio, repeliò la demanda de los Abastecedores.

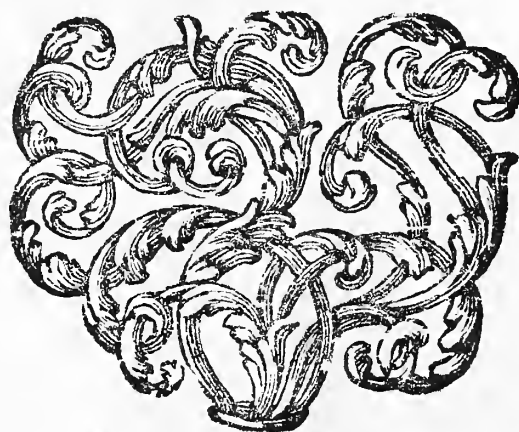
Buelbo á decir, que la seguridad de esta doctrina regla, è inteligencia de los textos, no necessita de mas comprobacion para prueba de su verdad, y certidumbre, que el que con una misma razon, se determinen uniformemente todos los casos, conforme estàn decididos en las leyes; Assi como el que traduce una cifra, prueba manifestamente, y por evidencia de hechos, que los geroglicos, y caractères con que està escrita, dicen, y significan lo mismo que el traduce, porque colocados en diversos lugares los caractères, siempre estàn acordes, y significan una misma cosa, sin que necesite de mas prueba ni satisfacion; assi quando la regla adequa á todos los casos que estàn baxo de ella, no necessita de mas prueba para su certidumbre, y assi como *non probat hoc esse, quod ab hoc contingit abesse: probat hoc esse, quod ab hoc non contingit abesse*: De esta suerte, y con estas reglas, se entienden bien todas las decissions de los JJ. CC. luego esta es la cierta, y la que se debe seguir para la determinacion de un caso tan frequente, pues por ella se resuelven todos los que pueden acontecer.

Otros fundamentos se alegaron en la demanda, que aunque procurè vindicarlos en la respuesta de la contestacion

cion, en que se impugnaron con eficacia, me hà parecido omitirlos en este papel, por no hacerlo mas dilatado, como alsí mismo otras questiones, y puntos, que no son tan necessarios para la resolucion, pues siendo la materia tan difusa por su naturaleza, si se huviesse detratar todo lo que incide, fuera menester escivir un tomo, que todo lo que hiciesse de cuerpo, tubiesse de desmedido, y como el medio de mi defenza, no es porque el contrato fuesse *ad corpus*, ni de cantidad desmedida, sino determinada, pugnara la defenza, con la defenza.

Y de todo se convence, que determinando los derechos debèr correr los compradores el peligro, en el caso de que se trata, tambien lo deben correr en la sentencia, y esperar los vendedores, no correr alguno en la determinacion, pues no puede ser adversa, siendo à medida de su Justicia; la que me parece que les assiste Salvo meliori. Estudio, y Septiembre 25. de 1749.

*Doct. D. Mamuel de Silva
y la Vanda.*



B749
S586f
1-SIZE

11-2

